



BASILEU GARCIA

série
CLÁSSICOS JURÍDICOS
Direito Desenvolvimento Justiça

INSTITUIÇÕES^{DE} DIREITO PENAL

volume **I**
tomo **I**

7ª edição revista e atualizada

CONSELHO
DE TUTELA JURÍDICA



DIREITO GV
CENTRO DE PESQUISA E INOVAÇÃO EM DIREITO



Editora
Saraiva

BASILEU GARCIA

INSTITUIÇÕES_{DE}
DIREITO
P E N A L

volume I
tomo I

7ª edição revista e atualizada

série
CLÁSSICOS JURÍDICOS
Direito Desenvolvimento Justiça

 **Editora
Saraiva**

 FUNDAÇÃO
GETÚLIO VARGAS
x x x x x
x x x x x
x x x x x
x x x x x
DIREITOGV
INSTITUTO DE DIREITO DE SÃO PAULO

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 –

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15111-6
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito econômico 34:33

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia
Editora Manuella Santos de Castro
Assistente editorial Daniela Leite Silva
Produção editorial Ligia Alves / Clarissa Boraschi Maria Coura
Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy / Camila Bazzoni de Medeiros
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de Moraes
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Renato de Mello Medeiros
Serviços editoriais Carla Cristina Marques / Elaine Cristina da Silva

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Equipe de pesquisadores

Denise Nunes Garcia (coordenação geral)

Advogada criminalista em São Paulo

Maíra Rocha Machado (coordenação de pesquisa)

Doutora em Direito pela USP, professora de direito penal da

Direito GV

Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Mestre e doutorando em direito pela USP, professora de Direito GV

Carolina Dzimidas Haber

Mestre e doutoranda em direito pela USP, professora de Direito

GV

Juliana Benedetti

Mestranda em direito pela USP

Ricardo Leite Ribeiro

Graduando em direito pela USP

Apresentação

Em setembro de 1951, Basileu Garcia assinava a apresentação da primeira edição das *Instituições de direito penal*. Para servir “ao ensino e às aplicações do Direito”, como diz no texto que inicia a obra, Basileu Garcia reformulou as aulas que ministrava no curso de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo desde sua nomeação como professor catedrático em 1939. Reeditada seis vezes, tendo algumas edições dezenas de tiragens, as *Instituições* participaram da formação de várias gerações de juristas. A última edição, a sexta, que utilizamos como base para o trabalho de reedição que ora se apresenta, foi publicada em 1982.

Em setembro de 2004, reunimo-nos para dar início à realização de um sonho antigo de Denise Nunes Garcia, advogada criminalista e neta do autor, de reeditar as *Instituições de direito penal*. Naquele momento, várias estratégias de trabalho nos eram apresentadas. No entanto, a adoção de qualquer uma delas deveria contemplar as duas premissas que julgamos fundamentais: resguardar intacta a obra de Basileu Garcia e torná-la apta ao ensino e às aplicações do Direito nos dias de hoje. Em face disso, decidimos adotar, passados quase 25 anos entre a última edição preparada pelo autor e a presente, o mesmo método utilizado por Basileu Garcia nos anos em que ele mesmo reeditou as *Instituições*.

No decorrer desse período, Basileu Garcia modificou o texto original “tendo-se em vista principalmente as alterações ocorridas na legislação”.¹ Com ênfase nas alterações legislativas, não escaparam às sucessivas reedições da obra as reformas e as novas leis que foram, todas, objeto de minuciosa análise e extensa atualização bibliográfica. O marco teórico que alicerça o exame de toda a parte geral do Código Penal permaneceu, até a sexta edição, tal como concebido inicialmente pelo autor no início da década de 1950.

Naquele momento, o Direito Penal brasileiro se via fortemente influenciado pelas pesquisas empíricas e pelas premissas teóricas do positivismo criminológico. Da mesma forma, o causalismo exercia papel preponderante na compreensão dos institutos penais, sobretudo do conceito de ação e das noções de dolo e culpa. Deve o leitor, portanto, desfrutar da obra original sabendo que as análises ali realizadas refletem o saber jurídico-penal brasileiro em um momento histórico particular: a época em que a obra *Instituições* foi concebida.

Com base nessas premissas, elaboramos esta nova edição das *Instituições de direito penal*. No decorrer de dois anos, reunimos quinzenalmente coordenadores, pesquisadores e colaboradores para discutir cada um dos textos de atualização e selecionar o material bibliográfico. Formamos também um grupo de estudo sobre o causalismo e o finalismo, em que buscamos aprofundar o conhecimento da equipe sobre essas teorias para que pudéssemos reconhecer as premissas causalistas na obra de Basileu Garcia e confrontá-las, na medida do possível, com os preceitos finalistas

que precisavam constar da explanação da nova parte geral do Código Penal.

A partir desse trabalho, decidimos incorporar à obra original dois tipos de textos: notas de atualização e artigos de colaboradores.

As notas de atualização foram elaboradas sobre todos os tópicos que sofreram alterações legislativas. No intuito de facilitar a leitura, essas notas estão redigidas em box cinza. A distribuição das notas de atualização ao longo dos parágrafos numerados varia de acordo com as exigências de cada tema, conforme explicitamos na nota de abertura de cada capítulo. Incluímos, ainda, na margem do texto original, a numeração atualizada dos artigos de lei mencionados por Basileu Garcia. Ao final de cada capítulo, indicamos a bibliografia utilizada na elaboração das notas de atualização, bem como os mais importantes livros e artigos que tratam dos temas ali abordados. Inserimos também, em “atualização bibliográfica”, as traduções e novas edições de trabalhos citados no texto original.

Para que esta obra se tornasse ainda mais útil aos seus leitores, julgamos necessário incorporar ao livro as principais mudanças teóricas pelas quais passou o Direito Penal nos últimos cinquenta anos. Ao lado das notas de atualização, pareceu-nos essencial apresentar outros temas que, mesmo não diretamente relacionados às alterações legislativas, contribuem ao apresentar as profundas transformações sofridas no campo de estudo sobre o crime e a pena nesse período. Para tanto, solicitamos aos pesquisadores e professores a produção de artigos sobre nove temas específicos. Dessa forma, temos o privilégio de incorporar a este trabalho textos sobre as novas relações do Direito Penal com o Direito Civil (Marta Rodriguez de Assis Machado e Flávia Portella Püschel), o Direito Constitucional (Janaína Paschoal), o Direito Internacional Público (Priscila Spécie) e o Direito Administrativo (Renato Silveira). Além de artigos de Alvino de Sá, sobre *Criminologia*, de Marta Rodriguez de Assis Machado, sobre *Imputação objetiva*, de Davi Tangerino, sobre os *Efeitos das decisões administrativas na ação penal*, de Salomão Shecaira, sobre a *Responsabilidade penal da pessoa jurídica* e, finalmente, de Karyna Baptista Sposato, sobre o *Estatuto da criança e do adolescente*.

Por fim, para que o leitor pudesse aproveitar ao máximo a obra de Basileu Garcia e percorrer a evolução histórica de cada instituto jurídico por ele analisado, preparamos um quadro com as alterações ocorridas no período republicano. Escrevendo sob a égide do Código Penal de 1940, Basileu Garcia menciona muitas vezes o tratamento dado a determinado instituto no “código anterior”, em referência ao Código Penal de 1890. Nos comentários acrescidos por Basileu Garcia nas sucessivas reedições da obra, o autor menciona também o Código de 1969, que não chegou a entrar em vigor, e a Reforma de 1977, que deu novo tratamento às penas. No intuito de facilitar o estudo dessas alterações em perspectiva e, sobretudo, sua confrontação com a nova parte geral de 1984, que conduz as notas de atualização, inserimos, ao final, nos dois volumes, o “Quadro Comparativo da Parte Geral dos Códigos Penais da República: 1890, 1940, 1969 e 1984”.

Com essa estrutura, buscamos evitar uma leitura descontextualizada da obra; de um lado, para que o leitor iniciante não seja induzido a afirmações há muito disputadas e revisadas como o estado da arte da disciplina; e de outro, para que o leitor especialista, interessado em pesquisar as opiniões de um dos maiores clássicos do Direito Penal brasileiro, possa encontrar também sofisticadas reflexões sobre

problemas contemporâneos.

Nosso objetivo maior é que esta obra continue a ter papel importante na formação dos juristas brasileiros. Além disso, esperamos que esta reedição sirva de inspiração para a inovação da dogmática penal, indispensável à permanente reformulação dos temas tratados por Basileu Garcia.

Este trabalho não teria sido possível sem a participação da Direito GV – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e, muito especialmente, de seu diretor Professor Ary Osvaldo Mattos Filho, que, desde o primeiro momento, apoiou a realização do Projeto, o que foi fundamental para sua concretização. Agradecemos imensamente aos nossos colaboradores: Alvino de Sá, Davi Tangerino, Flávia Portella Püschel, Janaína Paschoal, Karyna Baptista Sposato, Marta Rodríguez de Assis Machado, Priscila Spécie, Renato Silveira e Salomão Shecaira que aportaram inigualável sofisticação teórica a esta nova edição. Agradecemos ainda a José Rodrigo Rodriguez, Antonio Scarance Fernandes, Sérgio Mazina Martins, Heidi Florêncio e aos participantes do grupo de estudos sobre causalismo e finalismo, além dos colaboradores já mencionados, Marina Pinhão e Claudia Scabin. E aos funcionários da biblioteca do Ministério Público do Estado de São Paulo, que gentilmente coletaram documentos e registros do período em que Basileu Garcia exerceu a função de promotor público.

Um agradecimento especial a Joyce Roysen que, desde o início, incentivou a realização deste projeto.

Agradecemos, enfim, aos filhos de Basileu Garcia, Letícia (*in memoriam*), Lilia e, muito especialmente, a Lisandro Garcia, que nos auxiliou a resgatar dados importantes sobre a trajetória do autor, permitindo à equipe de pesquisadores aprofundar seu conhecimento sobre a forma como foi concebida a obra *Instituições de direito penal*.

Denise Nunes Garcia
Maíra Rocha Machado

¹ Comentário de Basileu Garcia à 31ª tiragem da 4ª edição das *Instituições* em 1968. Nas edições da década de 1970, o autor anexou 30 páginas de anotações sobre o Código Penal de 1969, que foram excluídas da edição subsequente à revogação desse Código, que não chegou a entrar em vigor.

Prefácio

Uma Instituição

Miguel Reale Júnior

Deve o estudante, o juiz, o advogado, o delegado e o promotor estar a indagar a razão pela qual se deveria dar atenção a um Manual publicado em 1951, com tantos manuais sendo editados recentemente.

A resposta encontra-se na própria pergunta: por isso mesmo. Pululam manuais, a maioria escrita por professores que sabem uma aula a mais que o aluno. Tão logo se plantam os profissionais do Direito a lecionar Direito Penal, em alguma das mais de mil escolas de Direito do Brasil, logo se arvoram em escrever um “manual”, que com o sistema “recorta e cola” tornam-se apenas “costureiros jurídicos”, que mal alinhavam idéias, não sedimentam posições, nem discutem e criticam linhas de pensamento.

É exatamente o inverso que ocorre com as Instituições de Direito Penal de Basileu Garcia, meu professor na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, de quem fui assistente e cuja cadeira de titular, antigamente cátedra, vim a ocupar.

Este Livro, *Instituições de Direito Penal*, sedimentado após vários anos de docência, caracteriza-se pelo rigor técnico, pela preocupação com a clareza e a precisão na conceituação dos institutos da Parte Geral.

Quando Basileu Garcia, em 1938, torna-se catedrático de Direito Penal, vivia-se o esgotamento das lides entre as Escolas Clássica e Positiva, que levou ao surgimento da Terza Scuola, para vir, finalmente, a prevalecer a orientação técnico-jurídica preconizada por Arturo Rocco, na famosa preleção na Universidade de Sassari, em 1910.

A adesão de Basileu Garcia ao método técnico-jurídico vem exposta logo no primeiro capítulo, ao descrever como roteiro de trabalho do penalista o estudo preciso das regras acerca do crime e suas conseqüências, “*procurando interpretá-las, filiá-las aos princípios informativos, realizar a construção dos vários institutos jurídico-penais, para afinal, chegar à fase de sua definitiva sistematização*”. Afirma, então, ser a *Ciência do Direito Penal* o “*estudo ordenado e sistemático das normas jurídico-positivas de Direito Penal*”.

A tarefa do penalista constitui, portanto, a seu ver, na “*progressiva sistematização das normas de direito positivo, com a sua interpretação e com a construção dos diversos institutos jurídicos*”. A este desiderato dedicou-se com afinco na elaboração da didática obra ora reeditada, que prima pelo rigor científico com que esquadrinha os significados das normas constantes da Parte Geral do Código Penal visando a

efetivar a construção dos institutos jurídicos e sua posterior sistematização. Daí a clareza da exposição, a precisão dos conceitos, a ordem lógica da explanação.

Não descuro, seguindo Maggiore, das relações do Direito Penal com a Filosofia do Direito e com as denominadas Ciências Afins, como se pode com certeza verificar no detalhado exame que realiza sobre a questão da imputabilidade penal.

Valioso o trabalho, também, na parte histórica, trazendo ao leitor informações importantes sobre a evolução da Ciência do Direito Penal, mormente sobre as Escolas Penais. A História do Direito Penal brasileiro é ponto que também merece realce nas Instituições de Basileu Garcia, com importante relevo dado à contribuição de Mello Freire na elaboração de projeto de Código Criminal nas pegadas do pensamento liberal de Beccaria.

Especial atenção merece a análise que Basileu Garcia faz da Constituição do Império de 1824 e do Código Criminal de 1830, monumento legislativo que despertou o interesse de penalistas do Velho Mundo, além de ter influenciado a elaboração legislativa de diversos países.

Na análise minudente dos diversos institutos da Teoria do Crime, bem como na questão das Penas e de sua Aplicação, o leitor se sentirá em terreno firme, seguro, com a limpidez do texto convidando à meditação acerca das posições assumidas e das ponderações e críticas sempre comedidas feitas no debate das divergências.

Creio que bastam tais considerações para satisfazer a curiosidade de saber as razões pelas quais tantos jovens juristas penais se dedicaram à tarefa de trazer a lume, com valiosa atualização, o trabalho de nosso antigo professor Basileu Garcia. É porque as suas Instituições de Direito Penal apresentam-se hoje como uma verdadeira Instituição de nosso Direito, a ser reverenciada e estudada com atenção.

Apresentação

por Basileu Garcia

Este livro acha-se em conexão com o nosso curso na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Representa-o, porém, apenas de maneira aproximada. A sua semente foram as aulas dadas, mas o material que elas suscitaram sofreu funda remodelação, para melhor servir ao ensino e às aplicações do Direito.

Como exposição de lineamento, visou mais a amplitude que a profundidade. Só assim seria possível enfeixar, em umas poucas centenas de páginas, o exame de toda a parte geral do Direito Penal, antecipada, ainda, de indispensáveis noções propedêuticas. Foi nosso intuito ministrar o conhecimento do que seja mais proveitoso, ou mais interessante. As controvérsias puramente acadêmicas, sem maior relevo para a cultura e desprovidas de efeitos numa época, como a atual, em que a tanta preocupação precisa voltar-se a sobrecarregada mente do jurista, foram proscritas. Pelo menos, procuramos proscrevê-las.

Ver-se-á que poupamos o leitor a citações fastidiosas. Pareceu-nos conveniente, entretanto, apresentar, a propósito dos temas fundamentais, pormenorizadas indicações bibliográficas, que ativem a curiosidade dos espíritos propensos à investigação científica e facilitem o estudo mais detido.

Na organização da bibliografia, o roteiro foi o seguinte: Evitamos a menção aos tratados e outras obras que, pelo seu feitiço global, abrangem a generalidade das questões e constituem objeto intuitivo de consulta, sem a necessidade de particular advertência. As alusões que lhes fazemos são eventuais, apenas para documentar determinadas afirmativas ou chamar a atenção para algum ponto de vista digno de nota. Relacionamos, com preferência que raia pelo exclusivismo, os trabalhos especializados e, dentre eles, os mais modernos, sobretudo as monografias e os artigos das revistas jurídicas do País e do estrangeiro. A literatura alienígena arrolada é a dos idiomas acessíveis à grande maioria dos cultores do Direito no Brasil. As obras antigas também são, por vezes, apontadas, mormente quando de valor fora do comum, que não permitia fossem omitidas. Aliás, aos trabalhos mais antigos chega-se facilmente através das referências que lhes dedicam muitos dos recentes.

A ordem dos capítulos, quando apreciamos o Direito positivo, harmozina-se quase completamente com a dos textos do Código Penal. Atribuiríamos ao sistema uma seriação algo diversa, mais conforme à conjugação de certos princípios, se a seqüência afinal preferida não atendesse à utilidade didática.

TOMO I

Capítulo I

CONCEITO DO DIREITO PENAL

Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil

Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado

Basileu Garcia, a Constituição e sua função de limitar o Direito Penal

Janaina Conceição Paschoal

As novas relações do Direito Penal com o Direito Internacional Público

Priscila Spécie

Das atuais relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo

Renato de Mello Jorge Silveira

Capítulo II

AS CIÊNCIAS PENAIS

O papel da criminologia clínica no atual modelo de execução penal

Alvino Augusto de Sá

Capítulo III

FASE PRÉ-CLÁSSICA DA ELABORAÇÃO PENAL

Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de
Álvaro Pires

Maíra Rocha Machado

Capítulo IV

DOCTRINAS E ESCOLAS PENAIS

Capítulo V

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Capítulo VI

A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Capítulo VII

O CRIME

União Européia e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Sérgio Salomão Shecaira

A definição da conduta típica: entre a superação da causalidade e a construção de teorias normativas para a imputação objetiva

Marta Rodríguez de Assis Machado

Capítulo VIII

A TENTATIVA

Capítulo IX

A CULPABILIDADE

Capítulo X

CAUSAS JUSTIFICATIVAS E DIRIMENTES

Imputabilidade e responsabilidade penal juvenil

Karyna Batista Sposato

Capítulo XI

A CO-DELINQUÊNCIA

Sumário geral da obra

Nota do editor

Quadro comparativo da parte geral dos códigos penais da República: 1984, 1969, 1940 e 1890

CONCEITO DO DIREITO PENAL

Sumário

1 — Denominação da matéria. 2 — Direito Penal subjetivo e objetivo, substantivo e adjetivo. 3 — Ciência do Direito Penal. 4 — Filosofia do Direito Penal. 5 — Posição enciclopédica e evolução. 6 — Vingança pública e crueldade das penas. 7 — Relações do Direito Penal com o Direito Civil. 8 — Relações com o Direito Constitucional. 9 — Relações com o Direito Internacional Público. 10 — Relações com o Direito Administrativo.

Introdução

Como indicado na Apresentação, os cinco primeiros capítulos das *Instituições de Direito Penal* não foram objeto de modificações nas sucessivas reedições da obra preparadas por Basileu Garcia. De valor histórico inestimável, os textos apresentam da forma mais completa e sofisticada a teoria jurídico-penal dominante no início da década de 1950.

Diante disso, este capítulo apresentará o Direito Penal atual por intermédio de sua relação com outras áreas do conhecimento jurídico. Para isso, incorporamos ao final do capítulo textos preparados por nossos colaboradores sobre as relações do Direito Penal com o Direito Civil (Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado), o Direito Constitucional (Janaina Conceição Paschoal), o Direito Internacional Público (Priscila Spécie) e o Direito Administrativo (Renato de Mello Jorge Silveira).

1 — A primeira questão que surge, ao tratarmos do conceito do Direito Penal, é de nomenclatura: decidir qual o nome preferível à disciplina: Direito Penal ou Direito Criminal. Quando se fala em Direito Penal, tem-se idéia de pena, de um direito relativo à pena. Quando se diz Direito Criminal, tem-se em mente um direito relativo ao crime. E, como pena e crime se relacionam, ambas as denominações se sustentam.

Alega-se a insuficiência da locução Direito Penal para abranger um dos dois grandes grupos de providências de combate à criminalidade — o das medidas de segurança, cuja natureza preventiva as distingue das penas, de finalidade primordialmente repressiva. Pretende-se que seria mais apropriado dizer Direito Criminal, porquanto as mencionadas medidas visam evitar os crimes e pressupõem, em regra, que o seu destinatário tenha praticado algum.

A despeito desse plausível fundamento, é generalizada a preferência pela designação Direito Penal, não só no Brasil como em outros países.¹ *Diritto Penale* — em italiano, *Derecho Penal* — em espanhol, *Droit Pénal* — em francês, são expressões encontradas muito mais freqüentemente do que *Diritto Criminale*, *Derecho Criminal*, *Droit Criminel*. Para essa predileção mais extensa concorre, sem dúvida, a circunstância de que a punibilidade aparece como o característico de maior projeção objetiva ao cuidar-se do crime.

E forte motivo de ordem prática nos submete ao critério dominante. Possuímos um Código Penal, não um Código Criminal.² Deve ser aceito, pois, para título da matéria, o sugerido pela lei positiva.

2 — Ao buscar o conceito do Direito Penal, cumpre consideremos esta distinção, comum nos demais ramos da ciência jurídica: direito subjetivo e objetivo.

Direito Penal subjetivo é o *jus puniendi* do Estado, o direito de punir. Só o Estado pode exercê-lo. Não se concebe Direito Penal, senão posto em prática pela autoridade pública. Estamos distanciados, de muitos séculos, da época da vingança privada, primeira manifestação da justiça punitiva.

No seu aspecto objetivo, o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e das medidas de segurança. Aí empregamos a palavra crime em sentido amplo, de modo a abranger as diferentes categorias de infrações penais, que em nosso país se dividem em crimes (também chamados delitos) e contravenções.

Em sentido objetivo, o Direito Penal pode ser encarado sob os aspectos substantivo e adjetivo. O Direito Penal substantivo é representado pela lei penal, que traça as figuras de crimes e contravenções e formula os princípios jurídicos que lhes concernem. Adjetivo é o Direito Processual. Com aquele se entrelaça. O Direito Processual Penal ou Judiciário Penal vai-se constituindo paralelamente ao Direito Penal. Necessita acompanhar-lhe a evolução. O processo penal visa determinar a forma pela qual se há de realizar o Direito Penal. Regula as solenidades legais para a efetivação da justiça penal. No Brasil, pouco depois de promulgado o Código Penal de 1940, viemos a possuir, em 1941, um novo Código de Processo Penal.

À parte geral de 1984 não se seguiu um novo diploma processual. Contudo, muitas foram as reformas no Direito Processual Penal desde a promulgação do respectivo Código, em 1941, a fim de lhe fazer acompanhar as novas tendências do Direito Penal. Assim, tivemos, por exemplo, a criação de um rito particular pela Lei n.º 9.099/95, objetivando dar tratamento mais célere aos chamados crimes de menor potencial ofensivo, além de muitas reformas pontuais não só no procedimento ordinário mas também nos procedimentos especiais previstos no Código de Processo Penal e em diversas leis especiais.

3 — Conceituando o Direito Penal nos seus vários aspectos, impõe-se verificar o significado de uma expressão de largo curso: Ciência do Direito Penal ou Ciência Jurídica Penal, também chamada Dogmática Penal.

Se o Direito Penal, objetivamente considerado, é, como vimos, o conjunto de preceitos referentes ao crime e às suas conseqüências — penas e medidas de segurança, compreende-se que exista, entre as disciplinas jurídicas, uma que estude precisamente essas regras, procurando interpretá-las, filiá-las aos princípios informativos, realizar a construção dos vários institutos jurídico-penais, para, afinal, chegar à fase de sua definitiva sistematização. Essa é a Ciência do Direito Penal, estudo ordenado e sistemático das normas jurídico-positivas de Direito Penal, assim como a Ciência do Direito Civil é o conhecimento ordenado e sistemático das regras de Direito Civil.

Trata-se, portanto, de disciplina eminentemente jurídica, assim pelo seu objeto como pelo seu método de investigação. Realmente, o objeto da Ciência do Direito Penal, a matéria sobre a qual opera, é o conjunto de preceitos legais relativos ao trinômio — crime, pena, medida de segurança, preceitos esses condensados nos códigos ou esparsos em leis especiais. Por outro lado, o seu método é o mesmo de todas as outras ciências jurídicas: a progressiva sistematização das normas de direito positivo, com a sua interpretação e com a construção dos diversos institutos jurídicos.

É graças a esses dois elementos — objeto e método, que a Ciência do Direito Penal se distingue das outras ciências penais, não jurídicas, mas, como são geralmente designadas — causal-explicativas: a Antropologia Criminal, a Psicologia Criminal, a Sociologia Criminal, etc. Essas disciplinas são também ciências penais, porque estudam o crime, os meios de coibi-lo e, além disso e principalmente, o delinqüente. Estudam-nos, entretanto, no campo dos fatos ou fenômenos naturais — antropológicos, psicológicos, sociológicos, etc. — ao passo que a Ciência do Direito Penal, deixando de lado a delinqüência como fenômeno, se preocupa com as regras de direito formuladas para preveni-la ou combatê-la. Adotam aquelas ciências naturais ou causal-explicativas o método indutivo, que procura descobrir as causas dos fenômenos, servindo-se da observação e, quanto possível, da experimentação, método esse completamente diverso do adotado pela Ciência do Direito Penal, disciplina normativa e jurídica por excelência, a ser aprofundada com os processos lógicos que veiculam o raciocínio.

É claro que, embora diversas, essas disciplinas devem estar estreitamente ligadas, não se justificando que o cientista do Direito Penal se alheie aos trabalhos e conclusões das outras ciências penais. Assim, por exemplo, poderia a Ciência do Direito Penal desconhecer as classificações dos delinquentes, realizadas por LOMBROSO, FERRI, OTTOLENGHI, DI TULLIO e outros, classificações que tocam aos problemas da responsabilidade, da periculosidade, da eficácia das medidas de defesa social? Poderia ignorar os estudos médicos e psiquiátricos sobre a embriaguez, o hipnotismo, o sonambulismo? Seria lícito, a quem se dispusesse a estudar, juridicamente, o assunto da co-delinquência, desinteressar-se dos trabalhos de SIGHELE e TARDE sobre a delinquência associada? Compreender-se-ia o estudo sistemático das normas legais atinentes ao lenocínio e ao tráfico de mulheres, à revelia das conclusões obtidas pela Sociologia, pela Psiquiatria, sobre o fenômeno da prostituição?

Evidentemente, não. O Direito Penal é um conjunto de normas, que, porém, não são meras abstrações. Elas se referem a um comportamento humano — o delito, constituindo a pena nada mais que um dentre outros meios, para evitar esse comportamento. E, assim sendo, é proveitoso que toda ciência do homem, seja biológica, psicológica ou sociológica, preste a sua contribuição à Ciência do Direito Penal, proporcionando ao jus-penalista assistência eficiente ao interpretar ou ao dar forma à norma legal, ajudando-o a encontrar o sentido da lei e a vinculá-la à realidade concreta.

4 — Diversa das outras ciências penais, causal-explicativas, não se confunde, outrossim, a Ciência do Direito Penal com a Filosofia do Direito Penal.

É exato que a Ciência Jurídica Penal também remonta aos princípios informativos das várias normas penais. Mas são apenas princípios próximos os que ela, como ciência particular, consegue atingir. Os princípios últimos ou remotos ficam a cargo da Filosofia do Direito Penal. Esta é competente para estudar a natureza ou essência do crime e da pena; para indicar o fundamento do direito de punir; para decidir, em relação ao problema da responsabilidade penal, se o homem é livre quando delinque, ou se o faz movido necessariamente por forças a que não pode resistir. Tais problemas, nitidamente filosóficos, não hão de ser resolvidos no plano estritamente jurídico e positivo da Ciência Penal.

Não poderia o jus-penalista isolar-se na sua torre de marfim, cerrando os ouvidos aos debates filosóficos concernentes ao objeto da sua própria ciência. Ao contrário, ele deve manter-se alerta às discussões e conclusões que se apresentam, no terreno filosófico, a respeito dos temas penais. Mesmo porque as normas legais refletem, grande número de vezes, um princípio filosófico, o qual, por obra dos juristas, se encarnou em determinado preceito de lei positiva.

As noções de crime, pena, imputabilidade, culpa, dolo, ação, causalidade, liberdade, normalidade, erro e outras — lembra MAGGIORE — são conceitos filosóficos, antes de constituírem categorias jurídicas. E compara: a doutrina do Direito sem Filosofia assemelha-se a uma daquelas estátuas antigas, que tinham belos olhos, mas sem pupilas.³

5 — As noções ministradas são suficientes para se concluir qual a posição do Direito Penal no quadro das ciências jurídicas. Se só pode ser exercido pelo Estado, se a

função de julgar, impor penas, medidas de segurança, condenar e absolver, é essencialmente pública, o Direito Penal constitui necessariamente um ramo do Direito Público interno.

Essa é a sua posição enciclopédica. Mas, para que fique precisamente situado, cumpre conhecer as suas relações com as disciplinas jurídicas limítrofes.

Muito interessam as relações do Direito Penal com o Direito Civil. Para indicá-las, devem-se perquirir as origens do Direito Penal, que representa o resultado de vagarosa evolução.⁴

Em tempos remotos da História da humanidade, época houve em que o homem fazia justiça pelas suas próprias mãos. Era a vingança privada, violenta e quase sempre eivada de demasias. Sem observar, mesmo aproximadamente, a lei física da reação igual e contrária à ação, o ofendido e os do seu agrupamento procediam desordenada e excessivamente, de modo que, às vezes, aquilo que constituía ofensa a um indivíduo passava a sê-lo relativamente à comunidade toda a que ele pertencia, travando-se lutas e guerras que o ódio eternizava.

A vingança privada arraigou-se muito no costume dos povos. Só lentamente foi sendo abandonada, graças ao fortalecimento do poder social, quando as penas públicas passaram a instituir suficiente proteção para o indivíduo, que, em consequência, já não necessitava recorrer ao seu próprio desforço.

No entanto, ao irromper o crime no seio das células sociais, como a família, o clã, a tribo, fazia-se também valer, na imposição do castigo, a autoridade do chefe, ordinariamente com direito absoluto, de vida e de morte, sobre os seus comandados. Houve, pois, já acima da mera vingança, uma verdadeira justiça privada, que aplicava ora a pena de morte, ora a de expulsão. Ao afirmar-se a supremacia do Estado na repressão criminal, foi preciso, para que a pena se tornasse efetivamente pública, submeter esse poderio outrora sem contraste.

Na primeira forma de justiça punitiva, que foi a vingança executada pelo particular, se depara o germe do Direito Penal, a sua inicial exteriorização. E só com o moroso passar dos tempos se atingiu um estado de certo progresso, em que se procurava estabelecer equilíbrio entre a ofensa e a repressão. Chegou-se à pena de talião — um processo de justiça em que ao mal praticado por alguém devia corresponder, tão exatamente quanto possível, um mal igual e oposto.⁵ O vocábulo latino *talio* é afim de *talis* (tal).

Nas legislações da antigüidade, como a hebraica, a grega e a romana, observam-se sinais do largo emprego do talião. Olho por olho, dente por dente, advertia a legislação israelita, reunida no Pentateuco, que apresenta os cinco primeiros livros do Antigo Testamento, atribuídos a Moisés. E, mais recuado que o antiqüíssimo Código de Manu, da Índia, o de Hamurabi, da Caldéia, que remonta a cerca de dois mil anos antes da era cristã, já previa, profusamente, a retribuição talional.

A pena de talião, embora hoje se nos afigure brutal, significa indiscutivelmente uma conquista. Na primitiva vingança, desconhecia-se o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, porquanto, em face do ato lesivo praticado por um indivíduo, não era punido ele, ou não só ele, mas outros ou todos que lhe fossem solidários. Já com a pena de talião aparecia a noção da personalidade da responsabilidade: o castigo alcançaria o autor da ofensa. E — o que também era um

traço evolutivo — como o talião se foi firmando, no entendimento dos povos, o conceito da conveniente equivalência quantitativa entre a ofensa e o castigo. Sendo preciso cuidar-se de proporcionar a providência punitiva ao ato que a ocasionara, interferia o poder público, nas suas primeiras formas.

Mais tarde, surgiu como novo expediente da justiça punitiva a composição pecuniária. Percebeu-se que os métodos ferozes de repressão eram nocivos, porque enfraqueciam os grupos sociais, desfalcando-os. Considerou-se, então, a possibilidade de fazer coincidir a pena ou castigo com a prestação de um benefício à vítima ou à sua família. No *Wergeld*, da Justiça germânica, nota-se fecundo exemplo desse sistema, que é o da indenização, recebida pela parte lesada, daquele que a lesou. Efetuando o pagamento da pena pecuniária, a que o ofensor era constrangido, não podia mais o ofendido ou a sua grei cogitar de vingar-se, pois na indenização se consubstanciava suficiente castigo.

E, quando se introduziu no Direito Penal da antigüidade a pena pecuniária, através da composição, mais se acentuou o poder do Estado como intermediário entre a vítima e o delinqüente. Era indispensável regular o processo punitivo-reparatório. Organizavam-se certas tabelas, que indicavam o preço de uma vida suprimida, de um membro ou órgão lesado, ou outro dano qualquer causado. No Direito romano, por exemplo, a Lei das Doze Tábuas, que também acolhia o talião, continha tarifas para a *compositio*. O poder público necessitava, pois, intervir. E a sua intervenção, embrionária na justiça privada dos mentores de agregados humanos, aos poucos se intensificou, até afirmar-se predominante e inevitável no Direito Penal, constituído, por fim, em regras de atividade estatal. Propendeu-se, mesmo, a impedir ou limitar a ingerência do particular na realização da justiça.

6 — A interferência do poder social no domínio da repressão, durante séculos e até época relativamente recente, fez-se sentir pela crueldade dos castigos. Caminhou vagarosamente a humanidade por uma fase de autêntica vingança pública, em certo tempo sob a preocupação de aplacar a ira das divindades, que se supunha decorrer do crime. As penas eram ferozmente intimidativas. A morte, prodigalizada através das mais requintadas maneiras, e os castigos corporais, foram de constante aplicação. Até que, já perto do último quartel do século XVIII, se inaugurou um período humanitário, em que foi preconizado o abrandamento das sanções, para que correspondessem à evidente suavização dos costumes dos povos, provocada e difundida pela civilização no século das luzes. Entrou então o Direito Penal — bafejado por uma nova filosofia — por um estágio de alterações profundas, a princípio de cunho estritamente jurídico e, mais tarde, sob a influência das investigações científicas servidas pelo método positivo, até chegar-se ao período contemporâneo, que tem sido chamado penitenciário ou científico.

Note-se que o Direito antigo desconhecia o cárcere, que surgiu nos últimos tempos da evolução de Roma. Daí a utilização, tão generalizada, da pena de morte, cuja legitimidade só foi contestada no alvorecer do classicismo penal.

Para se ter idéia do que representou no passado o sistema de atrocidades judiciárias, não será necessário remontar a mais longe que há três séculos. Na França, por exemplo, ainda depois do ano de 1700, a pena capital era imposta de cinco maneiras: esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação. O esquartejamento, infligido notadamente no crime de lesa-majestade, consistia em

prender-se o condenado a quatro cavalos, ou quatro galeras, que se lançavam em movimento em diferentes direções. A morte pelo fogo verificava-se após ser amarrado o condenado a um poste, em praça pública, onde era o corpo consumido pelas chamas. E costume houve, também, de imergir o sentenciado em chumbo fundido, azeite ou resina ferventes. O suplício da roda⁶ era dos mais cruéis: de início, o paciente, que jazia amarrado, era esbordado pelo verdugo, até se lhe partirem os membros. Em seguida, era colocado sobre uma roda, com a face voltada para o céu, até expirar. Às vezes, estrangulavam-no, nos derradeiros momentos, para apressar o fim do impressionante espetáculo.

Sabe-se como funcionava a força. No mesmo plano das respectivas normas jurídicas estava a decapitação,⁷ reservada aos nobres, enquanto a força era para o vilão. A guilhotina aprimorou e até humanizou os antigos modos de decapitação, que, com esse engenho, paradoxalmente piedoso, se tornou extremamente expedita.⁸

Na Alemanha, no século XVII, o magistrado CARPZOV vangloriava-se de haver, durante a sua carreira, condenado mais de vinte mil pessoas à morte.

Em consonância com os violentos métodos repressivos, o processo criminal recorria à questão, ou interrogatório com tormento, em que se refinava a inventiva dos justiçadores. Havia a tortura ordinária, mais benigna, e a extraordinária. Textos legais prescreviam que o martírio seria usado após oito ou dez horas a haver o paciente ingerido alimentos.

Toda a encenação das penas objetivava infundir o terror que se acreditava ter a virtude de arredar dos crimes. O escopo de intimidação era a mola central do Direito Penal. A morte não bastava para aplacar a vindicta pública. Comumente, arrasava-se a casa do sentenciado, confiscavam-se-lhe os bens, atingindo-se pessoas inocentes, com o que a pena se tornava aberrante, descureando a regra, a custo implantada e robustecida, da personalidade da responsabilidade. A infâmia alcançava os descendentes do morto.

Também a prisão perpétua acarretava o confisco dos bens, com a chamada morte civil, por via da qual o condenado ficava privado de todos os direitos. Uma das maneiras por que se cumpria a perda definitiva da liberdade era o serviço extenuante de remar nas galeras, na paz ou na guerra.

Havia ainda o látigo, em público, e o emprego do ferro em brasa para gravar, indelevelmente, no corpo do condenado, a nota do seu crime e da sua desonra. Uma dessas modalidades consistia em imprimir-se a flor-de-lis na espádua do culpado.

Nem o morto era poupado a penas. Em certos casos, impunha-se ao defunto a execução em efígie, substituindo o condenado por uma figura, no patíbulo; ou se arrastava o cadáver pelas ruas, suspendendo-o afinal no cadafalso, se a decomposição orgânica o permitia. Havia, especialmente temida, a pena de privação de sepultura.

Entre os castigos corporais, incluíam-se as amputações, como penas por si mesmas e também como suplício de antecipação à pena de morte. O parricida, segundo a legislação francesa, até a reforma de 1832, deveria ter a mão direita decepada, antes da execução capital. A pena de língua cortada punia implacavelmente os blasfemos, quando não eram enviados à fogueira.

7 — O Direito Penal, como se vê pela sua evolução histórica, surgiu tutelando

interesses particulares, não há dúvida, mas elevou-se à defesa e conservação da sociedade. Resguardando os homens, que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança e a tranquilidade coletivas.

É em função desses dois conceitos — interesse individual e interesse público — que se traça a distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal. Nos primórdios da marcha evolutiva do Direito Penal, havia confusão entre as duas qualidades de interesses, distinguindo-se imperfeitamente o individual do público. Paulatinamente, foi-se estabelecendo a diferenciação, que teorias modernas procuram acentuar e explicar,⁹ sem desprezar o característico de que o Direito Penal preserva *ex accidente* o cidadão, ao colimar a sua finalidade essencial de assegurar a ordem coletiva.

Certos acontecimentos eram objeto, a princípio, apenas do cuidado das leis civis. Mas, julgadas insuficientes as respectivas sanções, recorreu o Estado às de natureza penal, que se revestem de rigor muito mais intenso.

O campo do Direito Penal é variável. Fatos considerados crimes numa época não o são em outra, e, ao contrário, fatos tidos apenas como ofensivos a interesses individuais foram, mais tarde, reputados lesivos também à coletividade e, então, coibidos pelo Direito Penal. O nosso Código, por exemplo, cogita de certas infrações que não se encontram na legislação penal anterior. Assim, o abandono de família. Anteriormente, o chefe da prole que abandonasse a sua mulher e os seus filhos podia, tão-só, ser compelido a prestar-lhes alimentos. Entretanto, o Código Penal de 1940 enquadrou esse fato como delito. Vê-se aí o Direito Penal socorrendo o Direito Civil. Outro exemplo: o delito de contaminação venérea, ou, mais exatamente, perigo de contaminação. Antes da legislação penal vigente [1940], desde que se evidenciasse a culpa do contaminador, estava ele sujeito à reparação civil, pelo dano causado. O Código atual [1940] instituiu a modalidade criminosa. Não se satisfaz o Direito em determinar que o contaminador indenizasse o ofendido, mas acresceu uma sanção punitiva.

Assim, através da evolução do Direito Penal e da progressiva transformação do ilícito civil em ilícito penal, nitidamente se percebem os pontos de contato entre os dois ramos do Direito — o civil e o penal.

Muitas figuras delituosas têm o seu alcance condicionado a dispositivos do Código Civil [1916], que lhes fornecem a substância jurídica.¹⁰ Exemplos: os crimes contra o casamento, cuja compreensão se subordina ao conhecimento de normas do direito familiar; o crime de violação de direitos autorais, cuja figura se alia aos preceitos civis disciplinadores da propriedade imaterial.

O mesmo se pode dizer do Direito Comercial. Sejam exemplos os crimes falimentares, cuja conceituação depende de consulta à Lei de Falências; o crime de concorrência desleal e os crimes contra o privilégio de invenção e contra as marcas de indústria e comércio — modalidades delituosas ligadas ao Direito Comercial e ao chamado Direito Industrial, desdobramento daquele.

Sobre as relações do Direito Penal com o Direito Civil, ver o texto de Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado ao final deste capítulo.

8 — O Direito Penal, no seu desenvolvimento, tem caminhado paralelamente ao Direito Constitucional, variando com ele, sensível às alterações operadas na organização política dos povos.

Sob a primazia do princípio da legalidade dos delitos e das penas, a justiça penal contemporânea não concebe crime sem lei anterior que o determine, nem pena sem lei anterior que a estabeleça. A frase *nullum crimen, nulla poena sine lege* enuncia máxima fundamental nascida na Revolução Francesa, com o Direito individualista por ela criado.

Constituição de 1988, art. 5.º, inc. XXXIX

Em tempos idos, o Direito Penal era arbitrário, tirânico. A autoridade pública aplicava discricionariamente as penas, sem que leis obrigatoriamente as preestabelessem. Bastavam certas fórmulas imprecisas. O cidadão, ao qual fosse imputado um fato, nem sempre poderia defender-se afirmando que tal ocorrência não se circunscrevia a nenhuma figura delituosa especialmente prevista.

Não só em si mesmo, como também nas consequências que era apto a gerar, o princípio da legalidade dos delitos e das penas se destinava a proteger, contra os desmandos do poder, a liberdade individual. Uma das suas decorrências é a regra proibitiva do emprego da analogia para configurar crimes e impor penas. O processo analógico, tão útil nas aplicações civis, é vedado no âmbito punitivo. Permiti-lo para suprir omissões da legislação repressiva redundaria, com efeito, em desrespeitar a parêmia *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

CUELLO CALÓN, numa pequena monografia,¹¹ estuda o Direito Penal novo, que se veio elaborando nos países de regime totalitário. Ocupa-se com a Rússia soviética, a Alemanha nazista e a Itália fascista. É síntese da sua explanação a deferência do Direito Penal ao Direito Constitucional.¹² As mudanças políticas por que passaram essas três nações trouxeram-lhes correlata e profunda transformação no campo penal. Especialmente na Alemanha e na Rússia, o princípio da legalidade dos delitos e das penas foi submetido a não poucas provas.

A hipertrofia do poder do Estado, nos regimes ditatoriais, leva os governantes a recorrerem ao Direito Penal, como instrumento para as manifestações de prepotência.

Quanto ao Direito italiano, há uma observação curiosa que aduz o monografista, a respeito da pena de morte. A Itália é um dos países em que teve maior surto a campanha contra esse tipo de punição, que deixou de aparecer no Código de 1889 por não se harmonizar com o sentimento coletivo, geralmente infenso, em toda parte, a essa pena atroz.

Lembre-se que o advento daquele estatuto se verificou no fastígio da Escola Clássica, de que foi chefe incontestável CARRARA, adversário do suplício extremo. Entretanto, a pena capital foi restabelecida com o fascismo, expressa inicialmente

numa lei ordinária e, depois, no Código de 1930. O seu ressurgimento explica-se como a utilização de um meio considerado altamente intimidativo, para reforço da autoridade do Estado. Daí, a sua difundida cominação aos delitos políticos, contrariando-se velho postulado da ciência penal. Com a queda do fascismo, a pena de morte foi abolida.¹³

Por influência do Direito Constitucional, verifica-se que fatos outrora enquadrados como delitos deixaram de o ser. Certas infrações seriam hoje absurdas. Por exemplo, os delitos de heresia, magia, sacrilégio, lesa-majestade, este em preceitos de proteção exagerada a supostas prerrogativas do soberano. Eis formas delituosas que desapareceram sob o influxo das garantias trazidas pelo individualismo, entre elas a liberdade de opinião e exteriorização do pensamento, inclusive em matéria religiosa.

Constituição de 1988, art. 5.^o, incs. IV, VI e VIII

O Direito Constitucional, por outro lado, regulando situações especiais a propósito de algumas funções públicas, estabelece no campo penal, graças a imunidades e inviolabilidades, a exceção de impunibilidade e determinados privilégios de processo.

Constituição de 1988, art. 53

Sobre as relações do Direito Penal com o Direito Constitucional, ver o texto de Janaina Conceição Paschoal ao final deste capítulo.

9 — Interessantes, também, são as relações do Direito Penal com o Direito Internacional Público. Fala-se hodiernamente num Direito Penal Internacional e em crimes internacionais. Delegações dos vários países têm-se reunido para debater problemas penais da esfera das suas mútuas relações. De fato, o Direito Penal cada vez mais se internacionaliza. Vêm-se disseminando certas atividades delituosas com tal força expansiva, que se estendem de um país para outro. Por exemplo, o crime de lenocínio, fomentado pelo tráfico internacional de mulheres e até de crianças. Os exploradores desse miserável comércio vão buscar a sua mercadoria em determinados países para levá-la a outros. É preciso que as nações congreguem energias para obstar o mal, tomando medidas em conjunto, pois não bastariam providências isoladas.

Por vezes, o criminoso, para fugir à Justiça, vai para outro país, onde se homizia. É necessário que os esforços dos países interessados se conjuguem, no

sentido de detê-lo. O instituto da extradição, que se integra ao Direito Internacional e ao Direito Penal, regula as questões pertinentes ao assunto.

Ainda ilustrando as relações entre essas duas disciplinas, há a considerar que diversos dispositivos do Código Penal tendem ao reconhecimento, se bem que de modo muito restrito, da eficácia de sentença estrangeira relativamente a indivíduos que venham a encontrar-se sob a nossa jurisdição.

Ao Direito Internacional Público também diz respeito a matéria das imunidades diplomáticas, acarretando na legislação nacional, em determinadas circunstâncias, exceções aos cânones da igualdade perante a lei e da territorialidade das normas penais.

Sobre as relações do Direito Penal com o Direito Internacional Público, ver o texto de Priscila Spécie ao final deste capítulo.

10 — Com o Direito Administrativo também se relaciona o Direito Penal, no tocante à execução das sanções impostas pela lei criminal. E, dentro desse campo, acentua-se o entrelaçamento ao se cogitar das medidas de segurança — providências de cunho administrativo, ainda que estatuídas em preceitos da legislação penal, e cuja aplicação é confiada ao Poder Judiciário pela correlação que apresentam com os crimes e as penas. O Código Penal italiano [1930] as denomina, mesmo, *misure amministrative di sicurezza*.

A polêmica quanto à natureza do Direito de Execução Penal — administrativo ou não — está longe de ser resolvida. A Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84) pretendeu inverter a tendência, até então predominante, de se considerar a execução penal assunto preponderantemente administrativo. De acordo com a sua Exposição de Motivos, a Lei reconheceu o caráter material das normas de execução, que não seriam meros regulamentos prisionais — puramente administrativos, portanto — e, por isso, avocariam “todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal” (nota 12). Em outra passagem, a Exposição de Motivos diz estar “vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa”. Dessa forma, foi vontade da Lei de Execuções Penais, hoje em vigor, retirar do âmbito administrativo o aspecto material da execução penal.

Contudo, muitas vezes permanecem as aventuras de normas administrativas por esta seara. Exemplo disso foi a criação, pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, do chamado Regime Disciplinar Diferenciado, que se

impôs por norma administrativa estadual (Resolução SAP 026, de 04 de maio de 2001) e só tempos depois se converteu em lei (Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003). Há hoje muitos que defendem a “administrativização” da execução das penas e medidas de segurança, mas à luz do ordenamento vigente, não parece haver dúvidas de que o Direito de Execução Penal é, no aspecto material, equiparado ao Direito Penal e, por isso, de competência legislativa exclusiva da União (Constituição de 1988, art. 22, inc. I). Normas administrativas poderão, evidentemente, organizar o funcionamento dos estabelecimentos prisionais, seus horários, procedimentos etc. Mas não poderão, em hipótese alguma, alterar as regras de cumprimento das penas e medidas de segurança, como pretendeu fazer o Governo do Estado de São Paulo quando da criação do Regime Disciplinar Diferenciado (ver, sobre o tema, as notas ao capítulo XII, especificamente o parágrafo 139).

Numerosas são as figuras delituosas que visam preservar a boa ordem da administração pública. Nessas modalidades, aparece muitas vezes como sujeito ativo o funcionário público. E existe, na legislação administrativa, um Direito Penal disciplinar. O seu papel é traçar normas tendentes à regularidade dos serviços públicos, estabelecendo punições disciplinares para os servidores que, mesmo sem infringir os preceitos do Direito Penal comum, se transviam do dever funcional.

A ilicitude é às vezes ao mesmo tempo administrativa e penal, comportando pena disciplinar e sanção prevista no Direito Penal. A falta cometida pelo funcionário (ilícito administrativo) nem sempre atinge a lei criminal. Quando atinge, fica o funcionário sujeito a duplicidade de punições, uma de natureza disciplinar e a outra de natureza repressiva, sem que nisso se possa vislumbrar desapreço ao princípio *non bis in idem*.

Sobre as relações do Direito Penal com o Direito Administrativo, ver o texto de Renato de Mello Jorge Silveira ao final deste capítulo.

1. Tão mais usual se tornou, neste século, a denominação Direito Penal, que a acolhem em seus livros mesmo autores inclinados à conveniência da outra. Assim, ANTOLISEI, para quem a designação Direito Criminal não só é a mais antiga, como é a que melhor corresponde à tradição da ciência jurídica do seu país, bastando lembrar haver figurado no frontispício da “obra máxima da ciência criminalista italiana”, o *Programma del corso di Diritto Criminale*, de CARRARA (F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, parte geral, Milão, 1947, pág. 1).

2. Não prevaleceu o alvitre do professor ALCÂNTARA MACHADO, cujo *Projeto do Código Criminal* brasileiro,

publicado em São Paulo em 1938 e 1940 (nova redação), serviu de base aos trabalhos de elaboração do estatuto vigente [1940].

Em Portugal, onde foi designada oficialmente como de Direito Criminal a respectiva cadeira na Universidade de Coimbra, Código Penal é o nome do diploma legal. Mantido em sucessivas reformas parciais, é ainda conservado no projeto submetido em 1977 à Assembléia da República por uma Comissão Revisora presidida pelo Professor EDUARDO CORREIA, autor do projeto básico, que também é de “Código Penal”.

3 GIUSEPPE MAGGIORE, *Principii di Diritto Penale*, Bolonha, 1937, 1.º vol., pág. 49. Veja-se também, do mesmo autor, o livro *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Palermo, 1950, especialmente o capítulo inicial, sobre a inseparabilidade entre o Direito e a Filosofia. Ainda: BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, págs. 15 e segs.; e o artigo de EMANUELE CARNEVALE, *La Filosofia penale*, in *Diritto Criminale*, Roma, 1932, 2.º vol., pág. 235.

4 Entre os bons estudos modernos acerca da evolução do Direito Penal, desde as suas longínquas origens até o surto das correntes contemporâneas, leia-se FILIPPO GRAMATICA, *Principios de Derecho Penal subjetivo*, trad. esp. de JUAN DEL ROSAL e VÍCTOR CONDE, Madri, 1942. Consulte-se também a primeira parte do interessante livro de CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones de legislación penal comparada*, Trujillo, 1944; e LADISLAU THOT, *Historia de las antiguas instituciones de Derecho Penal — Arqueologia criminal*, La Plata, 1940. Outros trabalhos: M. H. FÉRÉOL RIVIÈRE, *Esquisse historique de la législation criminelle des romains*, Paris, 1844; JULES LOISELEUR, *Les crimes et les peines dans l'antiquité et les temps modernes, étude historique*, Paris, 1863; J. J. THONISSEN, *Droit Criminel des peuples anciens*, Paris, 1869; VINCENZO MANZINI, *Paleontologia criminale, contributo alle ricerche sulla genesi del Diritto e della procedura penale*, em *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Turim, 1903, vol. 57, pág. 269; THÉODORE MOMMSEN, *Le Droit Pénal romain*, Paris, 1907; JOSÉ FRAGA TEIXEIRA DE CARVALHO, *A propósito do Direito Penal das XII tábuas*, in *Justitia*, São Paulo, 1953, vol. 15, pág. 16. Consultem-se, ainda: C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto Penale romano*, na *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, de PESSINA, Milão, 1905; e SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, Milão, 1927.

5 Ver CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *La evolución de la pena — la lei de talion y sus equivalentes*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1941, vol. 21, pág. 35.

6 Uma ordenança de Francisco I, em 1534, explicava, diabolicamente, como deviam ser tratados os condenados à roda: “les bras seront brisés et rompus en deux endroits, tant haut que bas, avec les reins, iambes et cuisses, et mis sur une roue haute plantée et élévée, le visage contre le ciel, où ils demeureront vivants...” (cfr. PIERO CALAMANDREI, prefácio a *Dei delitti e delle pene*, de BECCARIA, Florença, 1945, pág. 90). Cons. também RENÉ ROGER, *Des peines au XVIII siècle*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1947, pág. 205.

7 A morte a golpe de espada tinha tão escasso poder infamatório, que comumente os epitáfios aludiam ao fato da decapitação. O aparecimento da guilhotina explica-se, entre outros motivos, pelo ódio às distinções entre as classes (HANS VON HENTING, *La pena: origine — scopo — psicologia*, trad. ital., Milão, 1942, pág. 57).

8 Sobre a história da guilhotina, ver *El verdadero origen de la guillotina*, na *Revista Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, 1938, pág. 656. Ainda: JOÃO AMOROSO NETTO, *A guilhotina*, na revista *Investigações*, São Paulo, 1950, n.º 18, pág. 93. Atualmente acha-se suprimido o seu uso, com a abolição da pena de morte na França.

9 “Quando, bem ou mal — diz o professor BIAGIO PETROCELLI — a norma jurídica pôs em garantia do seu imperativo a consequência da pena, nenhuma teoria tem o efeito de excluir, na correspondente transgressão, o caráter de delito; como, ao inverso, teoria alguma pode atribuir tal caráter quando a norma prevê diferente sanção” (*L'antigiuridicità*, Pádua, 1947, pág. 30). Os critérios filosóficos, sociológicos, políticos, éticos, servirão para orientar o legislador quanto ao melhor caminho a seguir. O critério distintivo reside na punibilidade, conclui também o penalista NURULLAH KUNTER, *Reato e illecito civile*, na coletânea *Studii in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, 2.º vol., pág. 90.

Consultem-se, ainda, ARMANDO REGINA, *La norma penale e la tutela degli interessi privati*, Bari, 1942; ANTÔNIO DE QUEIROZ FILHO, *Relações entre o Direito Penal e o Civil*, em *Justitia*, S. Paulo, 1958, vol. 20, pág. 55; NOÉ AZEVEDO, *Ilícito civil e ilícito penal*, na *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, 1959, vol. 290, pág. 7.

10 Analogamente, antigos conceitos de Direito Civil são influenciados por uma nova elaboração penal, como expôs PHILADELPHO AZEVEDO, *Reflexos do novo Código Penal sobre o Direito Civil*, em *Revista de Direito*, Rio, 1941, vol. 138, pág. 27, e *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1941, vol. 134, pág. 659.

- 11 EUGENIO CUELLO CALÓN, *El Derecho Penal de las dictaduras*, Barcelona, 1934.
- 12 No mesmo sentido, BERNARD PERREAU, *Vers un nouveau Droit Pénal allemand*, na *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1935, vol. 55, pág. 340; BELLA BEREND, *L'influence de l'organisation de l'Etat sur le Droit Pénal*, na *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, 1949, pág. 23. V., também, BASILEU GARCIA, *A Constituição do Brasil e o Direito Penal*, in *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, abril de 1957, vol. 258, pág. 3.
- 13 O Decreto n.º 244, de 10 de agosto de 1944, suprimiu-a para todas as infrações previstas no Código Penal.
- Um dos primeiros cuidados do Governo italiano após a queda do fascismo foi determinar a reforma desse estatuto, “para adequá-lo aos princípios e às exigências do reencetado regime democrático” (ver *Progetto preliminare del Codice Penale, libro primo, redazione e testo*, Roma, 1949).
- Observando o panorama do Direito Penal italiano contemporâneo, MARCELO FINZI considera favorável à conservação do Código de 1930 a maioria dos penalistas, desde que expurgado daquelas disposições “em que a política sobrebrepou o Direito” (cfr. *Derecho Penal y Derecho comparado en la Italia de hoy*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1950, vol. 57, pág. 848).

Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil

Flavia Portella PüschelMarta Rodriguez de Assis Machado1

A separação entre os direitos penal e civil normalmente aparece como um pressuposto, quer nos estudos de dogmática penal, quer nos de dogmática civil, de modo que a separação em si é pouco tematizada ou questionada.² Ela é ainda hoje considerada uma conquista que devemos a um processo iniciado no século XVIII e consolidado no século XIX e, como tal, não é contestada pela doutrina — ou pela jurisprudência —, ainda que haja mais de um critério proposto para fundamentar tal separação; que esses critérios tenham certa mobilidade; não tenham se apresentado sempre constantes; e, além disso, tenham os seus limites cada vez mais desafiados pela edição de novas leis e pela jurisprudência.

Afirmar que a separação³ entre Direito Penal e Direito Civil segue incontestada não significa que a fronteira entre as responsabilidades civil e penal seja rígida e imutável. Na realidade, essa fronteira se altera de diferentes formas. Uma delas decorre simplesmente do fato de que “o campo do Direito Penal é variável”, como afirmou Basileu Garcia (GARCIA, 1982: 19), e essas variações podem ocorrer com um simples deslocamento da fronteira, sem que a separação entre o penal e os outros ramos do Direito seja em si mesma colocada em xeque. Isso se dá com relativa frequência quando certa conduta é criminalizada, ou seja, um ato que não era considerado ilícito penal passa a sê-lo, expandindo-se o âmbito de regulação do Direito Penal. Ou então — se bem que com menos frequência no atual contexto — no sentido inverso, quando uma conduta é

descriminalizada. Isto é, deixa de ser relevante do ponto de vista jurídico-penal, para passar a ser tratada por outra esfera de controle. Note-se que nesses casos alterou-se a regulação de certo tipo de fato, mas as categorias civil e penal permanecem inalteradas.

A outra forma de mobilidade dessa fronteira dá-se não pelo seu deslocamento, mas pelo próprio questionamento dos fundamentos dessa separação. É esta segunda forma de mobilidade da fronteira entre penal e civil que nos interessa neste texto.

A seguir, abordaremos, de maneira breve, os fundamentos mais utilizados para marcar a distinção entre as responsabilidades penal e civil e discutiremos como, e em que medida, eles sustentam essa separação hoje em dia, diante do direito positivo e dos problemas que se apresentam atualmente aos Direitos Penal e Civil.

Para isso, distinguiremos argumentos que diferenciam o penal e o civil com base: (I) no tipo de resposta e sua finalidade; (II) no tipo de interesse protegido; e (III) nos pressupostos da responsabilização.

I. Tipo de resposta e sua finalidade

O conteúdo da sanção penal é uma das formas de caracterizar o Direito Penal e distingui-lo do Civil. Ela possivelmente representa o critério de distinção mais assentado e resistente às mudanças no pensamento jurídico: assume-se, sem pensar, a idéia de que os civilistas têm por missão assegurar a reparação do dano causado, enquanto a preocupação dos penalistas é a de buscar a punição mais adequada aos culpados e de justificá-la. Essa justificação se dá por meio das teorias da pena, que estabelecem vários objetivos possíveis para a lei penal — proteger a sociedade, dar o exemplo do castigo, fazer pagar o mal pelo mal, readaptar o culpado ou neutralizá-lo — mas que, ao final, têm em comum o fato de conceberem a sanção penal como um mal e excluírem de seus enunciados outros tipos de sanções.

Diferentemente, embora o dever de reparar possa eventualmente ser sentido como um mal pelo condenado e ter por isso efeito punitivo,⁴ tal efeito não é essencial à sanção civil e é irrelevante para que ela cumpra a sua função reparatória. Isso decorre principalmente da regra que limita a indenização à extensão do dano.⁵

Assim, o Direito Penal trabalha primordialmente com a punição em seu sentido de inflicção de um mal, enquanto a reparação importa apenas ao Direito Civil; a punição é uma obrigação ou uma necessidade imperativa e é vista como um mal que deve beneficiar a autoridade e não a vítima. Por isso, a indenização que satisfaz somente a vítima é vista como insuficiente para reparar a desobediência à lei penal (PIRES, 1998: 51; 2004). Esta requer como resposta um juízo de desvalor público. E tal desaprovação pública se expressa por meio da intervenção voluntária na esfera jurídica do condenado (liberdade, patrimônio, tempo livre e estima social) (JESCHECK, 1993: 57). A partir daí, fica clara a distinção que se criou entre pena e reparação: a pena não compensa o mal da vítima, mas, ao menos *prima facie*, produz um novo mal, “ao contrário da indenização compensatória civil, é a ordenação querida de um mal” (LESCH, 1999: 2).

Em síntese, para que se atinja o objetivo de reparação, é indiferente que a sanção seja percebida como um mal. No Direito Penal, ao contrário, qualquer que seja a finalidade atribuída à pena, seu caráter de castigo (nos termos da distinção assim construída) é essencial, pois a finalidade da pena — mesmo quando definida por seus efeitos positivos, como a prevenção especial e geral positiva — se pretende atingir por meio da própria inflicção de um mal.⁶

Com uma definição desse tipo, a vítima e a solução privada, negociada e disponível, são definitivamente afastadas do sistema penal e passam a ser vistas como categorias reservadas aos assuntos do Direito Civil.

Percebemos, entretanto, que essa separação começou a ser colocada em xeque a partir do momento em que a reparação passou, de uma forma ou de outra, com mais ou menos intensidade, a ser introduzida no sistema penal e a ser considerada, nas discussões da dogmática penal, uma alternativa para compor as suas possíveis respostas.

Um elemento importante dessa tendência é dado pela valorização da vítima no sistema penal. Há em curso uma discussão relevante sobre isso, cujas origens podem ser reputadas a várias causas: a força do movimento de “restituição” americano, a escalada da vitimologia como um ramo científico independente, a frustração pelos resultados obtidos com as penas de prisão, além da crescente insatisfação com um modelo de justiça penal que não considera a vítima de nenhuma forma.⁷

Desse modo, a introdução da reparação do dano no sistema penal é tomada como um indicativo de maior atenção dada à vítima no processo penal. Abordaremos, de maneira breve, como ela se fez presente no Direito Penal brasileiro, embora seja essa uma tendência que vem sendo apontada nos ordenamentos jurídicos de uma série de países, alguns dos quais avançaram muito mais nesse sentido do que nós.

Se, no nosso Código Penal, a reparação do dano já aparecia como circunstância indicativa de arrependimento posterior, capaz de ensejar redução de 1 a 2/3 da pena (art. 16) ou circunstância atenuante da pena (art. 65, III, b), ela passou a ter um papel mais relevante com a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95). Essa lei instituiu, para os casos considerados de menor potencial ofensivo, que o juiz deve, sempre que houver dano, buscar a composição civil entre o autor e a vítima (arts. 72-74). A reparação do dano implica renúncia do direito de queixa ou representação. Isso significa que a adoção dessa solução negociada põe fim à possibilidade de persecução e imposição de sanção penal.

Outra abertura dessa lei, nesse sentido, veio com a suspensão condicional do processo (art. 89). Esse instituto permite que Ministério Público e acusado acordem a suspensão do processo penal pelo prazo de dois a quatro anos. A contrapartida da suspensão do processo e sua possível extinção após o período de prova é a submissão do acusado ao cumprimento de algumas condições, entre as quais está justamente a reparação do dano à vítima (art. 89, § 1.º, I).

Nesses dois casos, a reparação não perde a sua natureza civil, de modo que não é vista como uma forma de sanção penal, mas passa a ser uma das respostas possíveis do sistema penal, capaz de afastar as sanções propriamente penais.

Algo semelhante ocorreu no campo dos delitos tributários, que se apresentou particularmente poroso a soluções que visassem a recomposição do patrimônio lesado do Fisco. No Brasil, isso começou em 1965, com a previsão da Lei n.º 4.729/65⁸ de que a punibilidade do crime tributário seria extinta com o pagamento do débito antes do início da ação fiscal. Solução desse tipo é retomada e ampliada com a Lei n.º 8.137/90 (e depois pela Lei n.º 9.249/95) que aceita como causas extintivas da punibilidade o pagamento do tributo e acessórios (isto é, valor devido mais multa administrativa) que se dessem até o recebimento da denúncia. Sem entrar a fundo nesse tema, cumpre-nos apenas mencionar que as possibilidades de extinção da punibilidade pelo pagamento estão cada vez mais ampliadas, tanto pela legislação — que já estendeu essa solução para os crimes previdenciários e para os casos de parcelamento dos débitos, com as leis que instituíram o Programa de Recuperação Fiscal (Refis) (Lei n.º 9.964/2000) e o Parcelamento Especial

(Paes) (Lei n.º 10.684/2003) — como pela jurisprudência. De fato, os tribunais já ampliaram tanto as hipóteses de aplicação desse instituto que atualmente não se exige nem sequer que o pagamento ocorra antes do recebimento da denúncia para ter efeitos sobre a punibilidade, bastando que seja feito a qualquer momento antes da sentença condenatória.⁹

Se essas são formas indiretas em que a reparação toma o lugar do procedimento penal, há momentos em que ela chega a ser introduzida diretamente no sistema penal como uma modalidade de sanção penal.

É o caso do Código de Trânsito brasileiro (Lei n.º 9.503/97), que prevê, em seu artigo 297,¹⁰ a imposição de multa reparatória em favor da vítima como modalidade de pena a ser aplicada para crimes cometidos na direção de veículos automotores. Além dessa, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) também prevê, entre as penas restritivas de direito, aplicáveis de maneira autônoma em substituição à privativa de liberdade, a prestação pecuniária à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, consistente em pagamento de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 (arts. 8, IV e 12).¹¹ A mesma pena de prestação pecuniária à vítima e seus dependentes aparece também no rol das possibilidades das penas restritivas de direito introduzidas pela Lei n.º 9.714/98, que modificou o Capítulo das Penas do Código Penal. Com isso, a prestação pecuniária poderá substituir a pena de prisão, a critério do juiz (que ponderará as condições do condenado e circunstâncias dos fatos), sempre nos crimes culposos e nos crimes dolosos cometidos sem violência ou grave ameaça, quando a pena fixada na sentença não superar quatro anos (arts. 43, 44 e 45 do Código Penal).¹²

Com esses exemplos, pretendemos aqui apenas indicar que a antiga alocação da reparação exclusivamente no campo do Direito Civil vem sendo relativizada na medida em que ela é introduzida no sistema penal, seja por meio da atenuação de parcela da pena ensejada pela reparação do dano pelo autor, seja por meio de acordos reparatórios, causas de extinção da punibilidade e até mesmo como sanção autônoma. Esse movimento em curso impõe, entretanto, o enfrentamento de uma série de questões dogmáticas nada simples.

O tipo de questão envolvida e sua complexidade depende, em grande parte, de como a reparação é aceita no sistema penal. Se, como vimos anteriormente, isso ocorreu de formas e em medidas distintas em nosso ordenamento jurídico-penal, essas diferenças não foram adequadamente discutidas nos momentos em que essas soluções foram incorporadas pelas leis especiais que mencionamos e tampouco constituem atualmente objeto de reflexão detida.

Um autor como Roxin (2001: 141-147), entretanto, parou para pensar a respeito disso para o caso alemão e para fazer distinções que podem vir a nos auxiliar nessa tarefa. Ele diz que as soluções dadas à reparação pelo sistema penal podem ser de três tipos: composição privada do conflito; reparação como uma terceira classe de pena, com a privativa de liberdade e a multa; e reparação como um novo fim para a pena.

No caso da composição civil, o ocorre, na realidade, é que se evita o Direito Penal e se promove uma espécie de despenalização parcial. Nesse sentido, a reparação não entra propriamente no Direito Penal, mas se coloca como uma espécie de solução alternativa a ele.¹³

Apenas para exemplificar o tipo de problema que esse arranjo traz para a dogmática penal, pode-se mencionar o debate em torno do caráter voluntário da composição entre autor e vítima e as dificuldades de harmonizá-lo com o princípio da indisponibilidade da

sanção penal em razão de interesses privados. Ou seja, será que ao aceitar a reparação dentro do sistema penal, deve-se aceitar também a idéia de que a vítima estaria apta a negociar com o autor não somente seus interesses privados de composição dos seus bens lesados, mas também o interesse público de prevenção? Retornaríamos, com isso, a uma situação de privatização da punição?

No entanto, se ao transformar o instituto de Direito Civil em Penal abandonamos a autonomia da vontade, isto é, a possibilidade que existe no Direito Civil (mas normalmente não no penal) de a vítima decidir se quer ou não fazer valer o seu direito, com possibilidade de negociação entre vítima e autor do ilícito, não estaríamos ampliando ainda mais o espaço de intervenção do Direito em detrimento do espaço de liberdade? Teríamos, ao final, mais controle estatal sobre os conflitos?

Ainda mais complexa é a discussão da reparação diante das teorias da pena. Não só porque aqui se revela com mais intensidade os problemas da concepção tradicional da pena como um mal, mas porque há uma série de questões dogmáticas a serem resolvidas nesse campo.

Por exemplo: caberia desde logo estender à reparação a crítica que se fez à pena de multa pelas dificuldades de sua universalização, o que criaria uma situação em que tais sanções seriam aplicadas apenas àqueles que tivessem condições econômicas para arcar com elas, excluindo-se as classes menos favorecidas?¹⁴ Ou é possível pensar em arranjos alternativos a isso, por exemplo, a possibilidade de criar estabelecimentos para que o autor trabalhe a fim de ressarcir o dano?

Avançando um pouco mais nos problemas que a reparação traz à dogmática penal, veremos que boa parte das questões a serem respondidas dependem de como ela entra no sistema penal: ela pode ser aceita como finalidade desse sistema ou simplesmente como um meio novo para alcançar os fins já conhecidos. Em outras palavras, de um lado, o Direito Penal deve passar a perseguir a reparação da vítima e a reconstituição da situação anterior ao delito como um fim seu ou, de outro lado, ela é simplesmente uma modalidade de sanção capaz de atingir os fins de prevenção tanto quanto — ou de modo mais ou menos eficiente — que as sanções punitivas.

Neste último caso, cabe ainda refletir se, como sanção autônoma, a reparação é sempre compatível com as finalidades da pena tal como enunciadas pelas teorias da pena. A resposta a essa indagação não é nada óbvia, especialmente porque deve ser dada avaliando-se cada uma das teorias sobre a pena. Roxin analisa alguns desses aspectos quando trata da possibilidade de compatibilizar reparação com as diferentes teorias de justificação da punição.

A começar pela justa retribuição e compensação da culpabilidade, esta seria, segundo Roxin, compatível com a idéia de reparação do dano, uma vez que com ela daria-se — inclusive de maneira mais perfeita que a prisão — uma autêntica compensação e anulação do ato ilícito (ROXIN, 1999: 9). A reparação também pode contribuir para o fim preventivo especial da pena. A obrigação de se ocupar pessoalmente do dano produzido e de se esforçar para uma reconciliação com a vítima, diz Roxin, pode influir de maneira muito positiva na atitude social do autor (ROXIN, 1999: 10). No que tange às formas de prevenção geral, Roxin considera que a obrigação de reparar o dano sofrido pela vítima é capaz de criar na generalidade o sentimento de que a fratura ao Direito foi curada e que a perturbação da paz jurídica produzida pelo delito está superada. Seria, portanto, compatível com uma função de prevenção geral positiva. Ela seria insuficiente apenas em seus efeitos intimidatórios ou de prevenção geral negativa (ROXIN, 1999: 11), pois, funcionando sozinha, a pena de reparação sinaliza que o máximo que poderia acontecer

ao autor seria a restituição do *status quo ante*, o que não representaria nenhum risco para este (ROXIN, 2001: 138). Isso não aconteceria, entretanto, se ela viesse associada a outra sanção, daí a necessidade de se discutir também as possibilidades de combinação com outras formas de pena, sem invalidar de plano a possibilidade de a reparação funcionar como pena.

De acordo com a sua própria teoria sobre os fins da pena em um Estado Social de Direito, que deve conciliar da melhor forma possível a prevenção geral, a prevenção especial orientada à integração social e a limitação da pena, Roxin chega a afirmar que a reparação no Direito Penal, embora não seja a única via, é um modelo de política criminal voltado a atingir esses fins de forma integrada (ROXIN, 2000: 34-36).

É evidente que esses argumentos estão todos sujeitos a comprovação empírica e são ainda insuficientes para se instaurar uma verdadeira discussão sobre a reparação e seus benefícios como forma de punição. Entretanto, eles revelam que, se a reparação passa a ser internalizada no sistema penal como uma possibilidade de pena (autônoma ou não), não é possível levar esse processo adiante sem discuti-lo à luz do conceito de pena.

Além disso, todas essas questões tornam-se ainda mais instigantes quando percebemos que há não só o ingresso de elementos de Direito Privado na pena como também elementos de Direito Penal na reparação.

No âmbito do Direito Civil, o campo em que se percebe essa aproximação entre penal e civil é a responsabilidade por danos morais.

Como já se disse, o objetivo central da responsabilidade civil é a reparação de um prejuízo. É por isso que o art. 944, *caput*, do Código Civil (CC) estabelece: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

No entanto, no caso de dano moral, a aplicação dessa norma não é fácil. Devido à sua própria natureza, um dano moral é muito difícil de ser avaliado e o tema da sua quantificação é um dos mais intrincados e polêmicos da responsabilidade civil.

Essa dificuldade intrínseca de avaliação do dano moral por critérios objetivos abriu espaço para que se desenvolvesse em parte da doutrina¹⁵ e da jurisprudência¹⁶ brasileiras uma tendência a calcular o valor da reparação com base na atribuição à responsabilidade civil por danos morais de uma função punitiva semelhante à do direito penal.

Para demonstrar de que modo esse caso de responsabilidade civil se aproxima do direito penal, usaremos exemplos de acórdãos do STJ em casos de danos morais.

Há decisões em que se afirma expressamente o objetivo de punir o responsável, independentemente da discussão acerca da função perseguida por meio da punição. Assim, em acórdão¹⁷ tratando de protesto indevido de título, lê-se que o valor dos danos morais deve ser fixado com moderação “(...) não deixando de observar, outrossim, a natureza punitiva e disciplinadora da indenização” (grifo nosso).

Há casos em que não se afirma expressamente o objetivo de punir, mas se indica que a condenação persegue objetivos sem nenhuma relação com a reparação.

Assim, em decisão¹⁸ sobre um caso de agressão praticada por seguranças de um shopping center, lê-se que a indenização deve “contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica”. Em outras palavras, o tribunal atribui à responsabilidade civil uma função de prevenção especial negativa.

Em acórdão¹⁹ tratando de inscrição indevida em cadastro de devedores inadimplentes, fundamenta-se a elevação do valor da indenização por dano moral com base no fato de que a condenação a um valor menor representaria “um incentivo à continuidade da prática, que se repete aos milhares em todo o País”. Nesse caso, o

tribunal atribuiu à responsabilidade civil uma função de prevenção geral negativa.

Por fim, em dois dos casos já citados,²⁰ emprega-se o grau de culpa do responsável como parâmetro para o cálculo da indenização a ser paga. Note-se que, se o objetivo da responsabilidade civil é reparar o dano ocorrido, o grau de culpa não deveria ter nenhuma consequência: o responsável deveria simplesmente pagar o prejuízo causado, nem mais nem menos, e a extensão do dano não se relaciona com o grau de culpa (em sentido lato). É possível causar um pequeno prejuízo com dolo, do mesmo modo como é possível causar um grande prejuízo com simples culpa.

A consideração do grau de culpa faz sentido quando se pune, pois nesse caso está em jogo a resposta jurídica a uma conduta reprovável do autor: tanto mais reprovável quanto maior a culpa.

Como todo estudioso do Direito Penal pode facilmente perceber, nos exemplos citados, a sanção jurídica de Direito Civil é tratada de modo semelhante à sanção penal e os objetivos que lhe são atribuídos remetem a conhecidas teorias da pena.

Até o momento, a atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil tem se limitado aos casos de danos morais, e não há ainda na literatura nacional reflexão suficiente nem sobre a possibilidade ou conveniência de sua ampliação para outros casos,²¹ suas vantagens ou desvantagens, nem sobre as consequências dessa aproximação entre sanção civil e penal: seria necessário garantir o princípio da legalidade, aumentar as garantias para o réu etc.? Haveria violação ao princípio do *ne bis in idem*? Seria o fim da distinção entre responsabilidade civil e penal?

Enfrentar essas questões não a partir de perspectivas unilaterais, mas de maneira concertada entre civilistas e penalistas nos parece urgente. A razão disso é evidente: se a reparação entrar no sistema penal, como parece acontecer aos poucos, então temos que rediscutir o sentido e a necessidade da intervenção civil. E se, ao contrário, o Direito Civil é capaz de fazer punição, então talvez a intervenção penal seja também desnecessária. Sem considerar essas questões, corre-se o risco de reparar ou de punir duas vezes pelo mesmo fato (uma pelo Direito Penal e outra pelo Direito Civil), sem que uma esfera saiba o que está acontecendo na outra e sem uma reflexão sobre o tipo de regulação mais adequado para determinado problema social. Essa não é uma hipótese distante e pode acontecer hoje no direito brasileiro, nos casos de atribuição de caráter punitivo à reparação por um dano moral decorrente de ilícito civil que constitua simultaneamente um ilícito penal, por exemplo.

Entretanto, para começarmos a tratar o problema da responsabilização de maneira abrangente, é preciso despir-se da idéia assentada no pensamento jurídico de que há entre esses dois ramos distinções ontológicas. Sem isso, não é possível dirigir o olhar para os problemas atuais enfrentados pela responsabilidade nos dois ramos do direito e buscar soluções adequadas para eles.

2. Tipo de interesse protegido

Pode-se, também, tentar responder a questão da separação entre Direito Civil e Penal com base na diferença entre os interesses protegidos. Nesse caso, diz-se que o Direito Penal protege um interesse público, enquanto o Direito Civil protege interesses privados. É esse o critério utilizado por Basileu Garcia para construir a distinção: “o Direito Penal, como se vê pela sua evolução histórica, surgiu tutelando interesses particulares, não há dúvida, mas elevou-se à defesa e conservação da sociedade. Resguardando os homens,

que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança e a tranquilidade coletivas. É em função desses dois conceitos — interesse individual e interesse público — que se trata a distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal” (GARCIA, 1982, v. 1: 18).

Essa é uma idéia antiga. Ela é indicada por Pires como uma das principais “representações filosófico-jurídico e sociais”, que se estabeleceram a partir da segunda metade do século XVIII: a lei penal se distingue essencialmente da lei civil, pois é pública (enquanto a civil é privada) e é superior e mais importante que a civil, pois pretende proteger apenas os valores fundamentais da sociedade. Da mesma forma, o ilícito penal designa atentados ao Direito Público, e o ilícito civil ao Direito Privado; o ilícito penal concerne as desobediências intencionais graves, não reparáveis, portadoras de um perigo de imitação ou de uma ameaça de destruição da ordem social e cria o medo de insegurança; o ilícito civil é bem intencionado ou sem intenção, não implica gravidade, não estimula o mimetismo e não coloca em perigo a ordem social (PIRES, 1998: 51).

De fato, o Direito Penal como o conhecemos hoje busca atingir primordial e diretamente um objetivo social, público (como indica Basileu Garcia), por meio da aplicação de uma pena.

O Direito Civil, entretanto, por meio da responsabilidade civil, busca primordialmente a reparação de um prejuízo. Normalmente, isso constitui um interesse privado da vítima, e apenas de modo indireto e secundário constitui um objetivo social.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer esse modo de enxergar a distinção entre as duas responsabilidades. Quando o direito impõe uma sanção penal à pessoa que atropelou alguém, causando-lhe ferimentos graves, está afirmando que os ferimentos da vítima devem ser atribuídos ao sujeito que dirigia o automóvel (e não ao destino, ao azar, ao fabricante do carro etc.), a quem deve ser aplicada uma pena, com o objetivo — que interessa diretamente a toda a comunidade — de que o motorista não volte a praticar atos semelhantes, ou de que outras pessoas não se sintam tentadas a dirigir como ele etc. Embora o bem protegido seja individual (a integridade física de uma pessoa), a sua proteção pelo Direito Penal se faz na medida em que isso interessa à sociedade.

Quando o direito impõe uma sanção civil ao sujeito que atropelou e feriu gravemente alguém, também está afirmando que os ferimentos da vítima devem ser atribuídos ao motorista, mas seu objetivo é essencialmente recolocar a vítima no estado em que estaria caso o atropelamento não tivesse ocorrido. Para isso, o motorista responsável será condenado a pagar as despesas com hospital, médicos, remédios, bem como o valor correspondente ao que a vítima deixou de ganhar porque ficou sem trabalhar e, eventualmente, também um valor para compensá-la pelo dano moral sofrido. A sanção, na responsabilidade civil, consiste, portanto, na reparação pelos danos, e esta interessa, em primeira linha, a quem os sofreu, isto é, à vítima. Em um caso como o do exemplo, é apenas indiretamente e de modo eventual que a imposição ao responsável de um dever de indenizar os prejuízos da vítima poderá ter também um efeito de interesse social, como desestimular o motorista ou outras pessoas a dirigirem sem cuidado.

O exemplo nos mostra de que modo a intervenção do Direito Civil e do Direito Penal encontram justificativas distintas, mesmo quando incidem sobre o mesmo objeto.²²

A introdução da idéia de bem jurídico na dogmática do Direito Penal ajudou a construir essa distinção. Antes dela, pensava-se, com Feuerbach, que o crime significava uma lesão a um direito subjetivo. Essa perspectiva do direito individual mantinha a vítima presente no conceito de crime e, com isso, tornava menos nítida a separação entre interesse público a ser tutelado pela intervenção penal e interesse privado da vítima a ser

objeto de indenização. Essa distinção se torna mais clara quando a idéia de lesão ao direito subjetivo é substituída pela de lesão a um bem: o bem jurídico-penal (com Birnbaum, em 1834, e Binding, em 1874). Ainda que o conteúdo do bem jurídico-penal tenha continuado por muito tempo individual e concreto (conforme a teoria monista-pessoal do bem jurídico), o delito deixa de depender *somente* da existência de direitos individuais para refletir a proteção de bens que passaram por uma escolha da comunidade a respeito de quais são considerados relevantes e merecem proteção penal. Ou seja, o que passa a importar para o Direito Penal, desse ponto de vista, é o vínculo entre a ação e seu “valor social”, e não entre ação e suas conseqüências para a vítima. Por essa razão, identifica-se que o estabelecimento do bem jurídico, como referência político-criminal e material para o Direito Penal, é que acabou por marginalizar a vítima e fundamentar uma concepção de pena orientada aos interesses do Estado e da sociedade.²³

Esse processo, que pode ser apontado como uma espécie de “desindividualização” do conceito de crime, torna-se ainda mais acentuado com as mudanças que vêm ocorrendo nos sistemas penais de boa parte dos países ocidentais, em seqüência aos questionamentos do paradigma monista-pessoal do conceito de bem jurídico. Trata-se, basicamente, da ampliação do conteúdo do bem jurídico-penal, que passa a abarcar não só bens individuais e concretos (com vítimas definidas), mas bens coletivos e difusos (como meio ambiente, saúde pública, economia popular etc.). Nesses casos, a identificação de vítimas individuais é bastante difícil, o que fortalece a idéia de proteção a interesses públicos.

Entretanto, disso não decorreu que a fronteira entre o Direito Penal e o Direito Civil tenha se acentuado. Na realidade, se analisarmos o “outro lado” da distinção, veremos que a dita vinculação necessária entre a proteção de interesses privados e a proteção do Direito Civil tem dificuldade de explicar as hipóteses, hoje admitidas pelo nosso ordenamento jurídico, de responsabilidade civil por danos a interesses difusos. Afinal, trata-se de direitos transindividuais, cujos titulares são pessoas que não se pode determinar. Além disso, os direitos difusos são indivisíveis, o que significa que não podem ser quantificados ou divididos entre os membros da coletividade interessada. Direitos difusos, como o direito ao meio ambiente (CF, art. 225, § 3.º), não podem ser considerados interesses privados. O ato do qual resulta a poluição de um rio ou a destruição de uma floresta prejudica não apenas as pessoas diretamente atingidas em sua saúde ou em seus bens, mas a todos e até mesmo as gerações futuras.

O Direito brasileiro prevê a responsabilidade civil pela lesão a interesses difusos, por meio de ação civil pública (Lei n.º 7.347/85), com possibilidade de condenação do responsável a cumprir obrigação de fazer ou não fazer ou a reparar o prejuízo em dinheiro.

Trata-se, portanto, de exemplo em que a responsabilidade civil protege diretamente um interesse social e não um interesse privado.

Além disso, o que se disse anteriormente acerca das aproximações entre as responsabilidades penal e civil com relação ao tipo de resposta e sua finalidade implica também uma alteração no que tange aos interesses protegidos.

Com a valorização da vítima e a introdução da reparação como resposta possível do Direito Penal, este passa a ter em conta não só o interesse público mas, pelo menos em alguma medida, também os interesses privados das vítimas.

No entanto, na responsabilidade civil punitiva perseguem-se as mesmas finalidades normalmente atribuídas ao Direito Penal. Assim, é possível dizer que, nesses casos, os interesses protegidos pelo Direito Civil são os mesmos que o Direito Penal normalmente protege, isto é, diretamente os interesses públicos.

Como se vê, diante da realidade do Direito brasileiro atual, não é possível distinguir as responsabilidades penal e civil com base no critério tradicional do interesse protegido.

3. Pressupostos da responsabilização

Finalmente, cabe apontar que ocorrem hoje em dia fenômenos que parecem aproximar as responsabilidades penal e civil de um outro modo, não pela aproximação das sanções, nem pelo interesse que se protege, mas pela adoção de pressupostos de imputação semelhantes.

Há, no âmbito da teoria da imputação penal, algumas discussões atuais, como as relacionadas às teorias da imputação objetiva e ao conceito despsicologizado de culpa proposto por Günther Jakobs, que sugerem aproximações com as formas de imputação do Direito Civil e bem poderiam ser analisadas por esse ponto de vista.²⁴ Entretanto, esse é um estudo que ainda está por se realizar, de modo que limitamo-nos aqui a indicá-lo como uma pauta relevante de pesquisa sobre o tema.

Importa-nos, entretanto, apontar outro caso, talvez mais evidente, em que essa aproximação ocorre: isso se verifica na discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Esse é um tema atualmente difícil para a dogmática penal: se, de um lado, a empresa passou a ser um centro importante de imputação, pois boa parte das condutas atualmente perseguidas pelo Direito Penal são praticadas por intermédio de instituições da vida econômica, por outro, o envolvimento desse novo ator vem impondo sérias dificuldades às fórmulas penais de imputação de responsabilidades baseadas na culpa individual.

Às dificuldades de se individualizar condutas em ambientes de interações complexas, organizados na forma de pessoas jurídicas, vem se respondendo, em boa parte dos sistemas penais, com a adoção da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Imputar responsabilidade a um ente jurídico impõe, entretanto, novos critérios de imputação, que não dependam dos conceitos de ação humana, individual e culpável. Isso significa critérios de imputação diferentes dos tradicionalmente adotados pelo Direito penal. E é nesse momento que, em diferentes sistemas e de formas variadas, alguns critérios do Direito Civil passam a ser utilizados para construir o processo de responsabilização penal.

Tiedemann, em um estudo comparado sobre a responsabilidade penal de empresas, menciona alguns desses possíveis arranjos. O mais simples deles, adotado, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, consiste simplesmente em aceitar a imputação da culpa à pessoa jurídica por um ato praticado pela pessoa física, quebrando o princípio da culpa individual (TIEDEMANN, 1998: 796).

Essa é a solução adotada pelo Direito brasileiro. A regra geral do nosso Direito Penal — concebida para condutas humanas — é a de que haverá punição apenas daquele que concorrer para o crime, na medida da sua culpabilidade (art. 29 do Código Penal). Entretanto, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/89) aceitou em nosso sistema a possibilidade de se sancionar penalmente a pessoa jurídica. A imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica dar-se-á nos termos do artigo 3.º dessa lei,²⁵ nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade. Isto é, em casos de crimes ambientais, recairá sobre a pessoa jurídica (ainda que tenha se beneficiado por decisão em seu interesse) a pena imputada em razão de um ato cometido por seu representante ou decidido em um dos seus órgãos. Ou seja, as consequências da

pena imposta à empresa (independente da sanção imposta aos autores individuais) serão sofridas por pessoa distinta do autor do ato, pois a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas de seus representantes ou dos votantes em órgãos colegiados. Esse fato fica evidente se pensarmos na situação de um sócio que foi voto vencido na deliberação societária que decidiu pela execução da ação considerada ilícita e, mesmo assim, ver-se-á atingido, ainda que de forma indireta, pela sanção que penalizará a sua empresa.

Se isso é uma ruptura relevante para o Direito Penal, a chamada responsabilidade por fato de terceiro é prática comum quando se trata de responsabilidade civil. Como exemplos disso, podem-se citar os casos do art. 932 do CC: responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores, do tutor e do curador pelos pupilos e curatelados, do empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos e dos donos de hotéis, hospedarias e estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, por seus hóspedes, moradores e educandos.

Outra possibilidade de estruturar a responsabilização da pessoa jurídica — que não é o da nossa legislação, mas está em discussão em outros países²⁶ — é a idéia de se conceber uma responsabilidade penal própria da empresa, construída a partir de critérios como o do risco criado pela atividade da empresa ou o da vantagem econômica que a empresa obtém de sua atividade delituosa, critérios estes que são tomados de empréstimo da responsabilidade objetiva do Direito Civil (TIEDEMANN, 1998: 797).

No Direito Civil, a responsabilidade objetiva, isto é, imputada independentemente da culpa do responsável, não é nenhuma novidade. No direito positivo brasileiro, temos várias leis que a prevêm expressamente, entre elas o CC, que, ao lado de diversos casos específicos, estabelece uma regra geral de responsabilidade sem culpa para atividades que implicam risco por natureza, em seu art. 927, parágrafo único.²⁷

Há várias teorias acerca dos fundamentos da responsabilidade objetiva no Direito Civil. Entre os fundamentos defendidos, destacam-se justamente a idéia de que a responsabilidade deve ser imputada a quem retira proveito ou vantagem do fato causador do dano (teoria do risco-proveito) e a idéia de que a responsabilidade deve ser atribuída ao criador do risco (teoria do risco criado).²⁸

Em suma, o que se vê tanto no caso da legislação brasileira já positivada, como na discussão acerca de uma categoria de responsabilidade própria da empresa, é a aproximação entre as formas de responsabilização penal e civil pela semelhança de seus pressupostos.

O caso da responsabilidade penal da pessoa jurídica é particularmente interessante, pois revela uma situação em que o sistema penal realmente não consegue lidar com as demandas que lhes são impostas a partir dos seus instrumentos tradicionais de imputação. E, nesse momento, a insuficiência de suas respostas exigiu que se olhasse para as soluções que são adotadas, digamos assim, do outro lado da fronteira.

4. Breve conclusão

Como já se defendeu anteriormente, ao tratar da distinção com base no tipo de resposta e sua finalidade, para enfrentar os desafios que se apresentam hoje às responsabilidades penal e civil é preciso partir do pressuposto de que a distinção entre elas não é ontológica em nenhum dos pontos de vista abordados neste texto.

Na realidade, o que procuramos fazer aqui de maneira breve foi justamente apontar como esse modo de compreender a questão não responde ao que vem acontecendo hoje

com as fronteiras que foram tradicionalmente utilizadas para separar o civil do penal. Elas vêm sendo, como vimos, alteradas em diversos sentidos, o que coloca em xeque a idéia de uma distinção ontológica entre elas.

Embora essa afirmação pareça hoje trivial, ela foi por muito tempo o objeto de preocupação de filósofos e juristas que se lançaram à investigação das diferenças essenciais entre o ilícito civil e o ilícito penal, a sanção civil e a sanção penal e, conseqüentemente, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. O esforço de naturalização do crime e do criminoso acompanhou o nascimento do saber penal moderno e da criminologia, e embora seu fundamento já tenha sido teoricamente questionado e superado, continuamos a pensar e a agir como se houvesse tais diferenças naturais a apartar os âmbitos da responsabilidade civil e penal (PIRES, 1998: 12).

Diante da complexidade dos problemas que o sistema jurídico é instado a enfrentar hoje em dia, parece-nos fundamental a possibilidade de discutir o problema da responsabilização de maneira aberta, podendo-se transitar mais livremente entre as soluções adotadas em diferentes esferas, testá-las, avaliar sua adequação para o tratamento de determinados problemas e combiná-las entre si, sem os limites das divisões rígidas estabelecidas entre as esferas de responsabilidade penal, civil e administrativa. Se isso já está acontecendo de maneira por vezes tímida, por vezes velada em nosso sistema jurídico, entendemos necessário que a dogmática — tanto civil como penal — enfrente essas questões de uma vez por todas.

O que se sugere não é o fim da autonomia dos Direitos Penal e Civil, mas a adoção de uma perspectiva que enfrente a distinção não como natural, mas como uma construção social e que, dessa forma, permita que ela seja também objeto de um debate mais amplo sobre os processos e as formas de responsabilização em nossa sociedade. Para isso, talvez seja mais interessante considerar não o que as separa, mas o que essas duas formas de responsabilidade têm em comum.

Se tivermos em mente que tanto a responsabilidade penal quanto a civil são práticas sociais por meio das quais se estrutura o fluxo infinito dos acontecimentos, para atribuir determinados fatos a uma pessoa como conseqüência de sua ação ou omissão, isto é, se tivermos em mente que tanto as normas de imputação penal quanto as civis têm o papel de interromper o fluxo infinito dos acontecimentos — um novelo confuso de múltiplas relações de causalidade —, em um ponto determinado, para atribuir a uma pessoa — o responsável — um certo fato e suas conseqüências,²⁹ será possível abrir o sistema jurídico para soluções novas e criativas que sejam capazes de transpor os problemas contemporâneos da responsabilidade.

Referências

- BENEDETTI, Juliana C. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva. *Revista Direito-GV*, n. 2, p. 209-216, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1999.
- CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995.
- COSTA, Judith Martins. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I.
- ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Revista de Ciências Penales*, n. 4, p. 131-152, 1998.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Novos estudos. *CEBRAP*, São Paulo, n. 63, p. 105-118, jul. 2002.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. cor. Trad. de Joaquín C. Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

LESCH, Heiko. *La función da pena*. Madri: Dykinson, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

PIRES, A. P. DEBUYST; DIGNEFFE, F. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelles: De Boeck Université (Co-édition avec les Presses de l'Université de Montréal et les Presses de l'Université d'Ottawa), 1998. v. 2.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. *Revista Direito-GV*, n. 1, p. 91-107, 2005.

ROXIN, Claus. Pena y reparación. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, fasc/mes 1-3, p. 5-16, t. 52, 1999.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução Carmen G. Rinho; Maria del Carmem G. Cantizano. Valencia: Tirant la Blanch, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. (1939). *Punishment and social structure*. London: Transaction Publishers, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. e rev. téc. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. n. 3 (Coleção Pensamento Criminológico).

SANTOS, A. Jeová. Dano moral indenizável. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

1 Flavia Portella Püschel é doutora em Direito Civil pela USP, professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). Marta Rodriguez de Assis Machado é mestre e doutora em Direito pela USP, professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do Cebap, além de pesquisadora visitante no Instituto Max Planck em Friburgo, Alemanha.

As autoras agradecem a José Rodrigo Rodriguez e Maíra Rocha Machado pelas críticas feitas às primeiras versões deste texto. Tais críticas, assim como os debates ocorridos no âmbito do subgrupo Risco e Responsabilidade, do Núcleo Direito e Democracia do Cebap, foram de importância inestimável para a elaboração deste artigo. Naturalmente, a responsabilidade por quaisquer equívocos que o texto ainda contenha é exclusiva de suas autoras.

2 Esse modo tão sedimentado de pensar e agir talvez se explique pelo fato de que a própria autonomia do Direito Penal se construiu em oposição ao Direito Civil. Um autor como Alvaro Pires, criminólogo que se dedicou a investigar a formação do sistema de pensamento em matéria penal, aponta que a clivagem entre, de um lado, o Direito Penal e, de outro, os direitos civil e administrativo, teve um papel importante na construção da forma de conceber o sistema penal, que ele chamou de “racionalidade penal moderna”. Esse processo de autonomização do Direito Penal originou a separação dos conjuntos conceituais dano/vítima/reparação, de um lado, e desobediência/inimigo do rei/ punição, de outro; tendo a noção de crime se ligado ao segundo grupo. O percurso de construção da clivagem civil/penal na racionalidade penal moderna se consolidou, segundo ele, com a ajuda das teorias da pena criminal e dos teóricos da época moderna (especialmente Beccaria, Kant e

Feuerbach). Não teremos tempo, neste artigo, de refazer esse percurso no pensamento jurídico, para isso veja: PIRES, A. P. DEBUYST; DIGNEFFE, F. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelles: De Boeck Université (Co-édition avec les Presses de l'Université de Montréal et les Presses de l'Université d'Ottawa), 1998. v. 2.

- 3 Neste texto trataremos dos fundamentos da separação entre as responsabilidades penal e civil. Naturalmente, há no direito positivo claras relações entre as esferas penal e civil, reconhecidas independentemente das questões que levantaremos a seguir. Referimo-nos aos efeitos da sentença penal no juízo civil (Código Civil, art. 935; Código Penal, art. 91, I; Código de Processo Civil, arts. 110 e 584, II); e Código de Processo Penal, arts. 63-67), tratados por Basileu Garcia em outro ponto de suas *Instituições* (Cap. XVI).
- 4 J. de Aguiar Dias, por exemplo, reconhece um caráter punitivo — no sentido de imposição de um mal como meio para obtenção de certos efeitos — na obrigação de reparar: “para o sistema de responsabilidade civil que espousamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I. p. 735. Naturalmente, assim entendido, o efeito punitivo-preventivo da responsabilidade civil tende a ser accidental e pouco controlável. Sobre as funções da responsabilidade civil, ver mais detalhadamente, PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil, e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. *Revista Direito-GV*, n. 1, p. 91-107, 2005.
- 5 Essa regra, já unanimemente reconhecida, foi expressamente consagrada pelo novo Código Civil, em seu art. 944.
- 6 Essa idéia é tão consolidada que se afirma, com frequência, que “negar que a pena tenha caráter de mal seria o mesmo que negar o próprio conceito de pena”. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 57. Isso não quer dizer, entretanto, que o Direito Penal será ou deva ser sempre assim. Fazemos aqui referência às teorias mais difundidas sobre a pena e ao modo como ela é tratada hoje em nosso Direito. Deve-se mencionar, todavia, que essa idéia já começou a ser posta em questão por alguns autores. Uma dessas manifestações deu-se a partir do conceito comunicativo de pena, desenvolvido em um primeiro momento por Günther Jakobs. Para ele, a pena não deve ser compreendida como um fato exterior, com o qual apareceria apenas a sucessão irracional de dois males, mas, sim, a partir de seu significado, seu conteúdo comunicativo, quer dizer, o de que o comportamento que infringe a norma não é determinante e que a norma continua válida. JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. cor. Trad. de Joaquín C. Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13. Não obstante tal definição, Jakobs não chega a abandonar a idéia de pena como um mal, pois afirma que essa contradição comunicativa deve se dar sempre por intermédio da privação de meios de liberdade do autor. JAKOBS, 2003: 53-55. Entretanto, esse conceito de pena é importante porque permite que um autor como Klaus Günther avance na idéia acerca da sua natureza comunicativa e proponha a idéia de que, a partir da desvinculação entre imputação e pena, é possível renunciar totalmente à pena no sentido de infligência de um mal, pois as funções comunicativas e simbólicas da pena já poderiam ser preenchidas pelo significado da condenação. GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Novos estudos. *CEBRAP*, São Paulo, n. 63, p. 116-117, jul. 2002.
- 7 ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001. p. 139-140.
- 8 Lei n.º 4.357/65, art. 11, § 1.º, “O fato deixa de ser punível, se o contribuinte ou fonte retentora, recolher os débitos previstos neste artigo antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal”; § 2.º, “Extingue-se a punibilidade de crime de que trata este artigo, pela existência, à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedade de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhidos, executados os créditos restituíveis nos termos da Lei n.º 4.155, de 28 de novembro de 1962”.
- Lei n.º 4.729/65, art. 2.º, “Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”.
- 9 “Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9.º da Lei Federal n.º 10.684/03, CC. art. 5.º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.” (STF, HC 81.929, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJ 27/02/04).
- 10 “Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1.º do art. 49 do Código Penal,

sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1.º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

§ 2.º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.

§ 3.º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado”.

11 “Art. 8.º As penas restritivas de direito são: (...) IV — prestação pecuniária;”

“Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.”

12 “Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I — prestação pecuniária; (...)”

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II — o réu não for reincidente em crime doloso;

III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1.º (vetado.)

§ 2.º Na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3.º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4.º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.

§ 5.º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.”

“Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1.º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2.º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.”

13 Pode-se dizer que esse é o caso da composição civil dos danos introduzida pela Lei n.º 9.099/95, de que tratamos anteriormente. Situação semelhante se tem no âmbito do debate cada vez mais presente nos sistemas jurídicos ocidentais sobre a Justiça Restaurativa, definida esta em linhas gerais — embora isso seja ainda algo em disputa — como uma forma de justiça em que se prioriza a reparação do dano pelo infrator e que, para tanto, privilegia formas de solução do conflito em que autor e vítima da infração são convidados a negociar formas de reparação do dano, negociação esta que pode ocorrer de maneiras distintas (mediações, conferências familiares etc.) e que frequentemente conta também com a participação ativa da comunidade envolvida. Sobre justiça restaurativa, ver: BENEDETTI, Juliana C. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva. *Revista Direito-GV*, n. 2, p. 209-216, 2005. Ver, ainda: *Justiça restaurativa*. Coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

14 Sobre as questões econômicas relacionadas à pena de multa, ver RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. (1939). *Punishment and social structure*. London: Transaction Publishers, 2003.

15 Entre os autores que manifestam opinião favorável ao reconhecimento de uma função punitiva da responsabilidade civil por danos morais citem-se, entre outros: COSTA, Judith Martins. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo:

RT, 2002.p. 408-446; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1999. p. 233; SANTOS, A. Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT. p. 157; LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 139. Entre as opiniões contrárias, destaca-se a crítica veemente de THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 64-65. No Direito francês (que teve grande influência sobre o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência sobre responsabilidade civil no Brasil) destaca-se a obra clássica de STARK, B. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947. Entre as mais recentes, destaca-se a obra de CARVAL, S. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris: LGDJ, 1995.

- 16 Embora não haja dados empíricos que nos permitam quantificar essa tendência jurisprudencial nos vários tribunais brasileiros, ela parece estar consolidada em alguns deles, inclusive no STJ. Trata-se de jurisprudência que se desenvolveu antes da entrada em vigor do CC de 2002. Embora já houvesse reconhecimento doutrinário da regra de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, o CC de 1916 não tinha regra expressa equivalente ao atual art. 944, *caput*.
- 17 STJ — 4.^a T. — RESP n. 110091 — Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira — 16.04.2002.
- 18 STJ — 4.^a T. — RESP n. 215607 — Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira — 17.08.1999.
- 19 STJ — 4.^a T. — RESP n. 445646 — Rel. Ruy Rosado de Aguiar — 03.10.2002.
- 20 STJ — 4.^a T. — RESP n. 110091 — Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira — 16.04.2002; STJ — 4.^a T. — RESP n. 215607 — Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira — 17.08.1999.
- 21 Sobre a possibilidade de sua ampliação, ver, na doutrina estrangeira, por exemplo: CARVAL, S. *La responsabilité civile dans sa fonctions de peine privée*, p. 58.
- 22 Essa coincidência de objeto ficou clara na dogmática penal especialmente quando se começou a compreender a unidade do ilícito: a partir daí, ao contrapor ilícito civil e penal não se supõe mais uma divisão da ação antijurídica. A ação é a mesma e recai sobre a mesma coisa. O que há é uma distinção das consequências jurídicas que ela terá em cada uma das esferas. É essa a idéia que está por trás da possibilidade que há em nosso Direito de extrair efeitos civis da sentença condenatória, que apontamos na nota 2.
- 23 Cf. ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la victima. *Revista de Ciências Penales*, n. 4, p. 131-152, 1998.
- 24 Ver, nesse sentido, o artigo de Marta Rodriguez de Assis Machado ao final do capítulo VII deste livro.
- 25 “Art. 3.º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”
- 26 Os exemplos citados por Tiedemann para a utilização desse critério são: a Lei Federal Suíça de 1990 sobre imposto federal direto e o art. 30 da lei alemã sobre as *Ordnungswidrigkeiten*.
- 27 Como exemplos de leis extravagantes que prevêem responsabilidade civil sem culpa, podem-se citar o Dec. n.º 2.681/12 (responsabilidade objetiva das estradas de ferro por danos causados a passageiros e proprietários marginais), Lei n.º 6.938/81 (Lei sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entre outras. No CC, além do citado art. 927, parágrafo único, temos os casos dos arts. 932, I, II, III e IV (responsabilidade do pai, do tutor e do curador, do empregador ou comitente e dos donos de hotéis, hospedarias e estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, respectivamente) e 936 (responsabilidade do dono ou detentor do animal), entre outros.
- 28 Sobre os fundamentos da responsabilidade objetiva, cf. PÜSCHEL, F. P. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do CC. *Revista Direito-GV*, p. 95-100.
- 29 Cf. GÜNTHER, K. Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft. In: MÜLLER-DOOHM, S. (Org.) *Das Interesse der Vernunft*, 2000. Trad. em port. de F. P. Püschel: Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos*, n. 63, p. 108-109, 2002.

Basileu Garcia, a Constituição e sua função de limitar o Direito Penal

Janaina Conceição Paschoal¹

“Forçoso é concluir que, no Brasil, como em todo o mundo, o Direito Penal é em grande parte condicionado pelo Direito Constitucional, que lhe marca fronteiras contra o excesso de poder da autoridade e lhe comunica a inspiração individualista.”
(Basileu Garcia. A Constituição do Brasil e o direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 46, abril de 1957, p. 7)

Fiquei muito honrada com o convite para participar do Projeto Basileu Garcia, concebido e desenvolvido na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Os coordenadores do Direito Penal na referida instituição têm se mostrado, a um só tempo, preocupados com os novos desafios que se colocam ao Direito Penal e conscientes da necessidade de resgatar as grandes colaborações do passado, colaborações essas que, justamente por sua grandeza, mantêm-se bastante atuais.²

A proposta da FGV, a princípio, seria a de nos basearmos no livro *Instituições de direito penal*. A mim caberia analisar o Capítulo I, número 8, do Volume I, Tomo I, referente às “Relações entre o Direito Penal e o Constitucional”.³

Ocorre que, em referido capítulo, Basileu Garcia remete o leitor a um artigo de sua autoria, publicado na *Revista dos Tribunais*, em 1957. O referido artigo correspondeu ao Comunicado enviado às Jornadas de Direito Franco-latino-americano, realizadas na França, no ano de 1956.

Nesse Comunicado, referendado pelo autor em *Instituições*, percebe-se a atualidade do doutrinador escolhido pela FGV para ter seus ensinamentos resgatados.

O trecho destacado no início desta breve análise evidencia que Basileu Garcia vislumbrava na Constituição um limite ao Direito Penal, braço mais forte do Estado, constantemente utilizado de forma abusiva e atentatória aos Direitos Fundamentais.

A atualidade da obra reside também no reconhecimento de que existe uma estreita relação entre o Direito Penal e o Constitucional, realidade, ainda hoje, refutada por muitos operadores do Direito, mormente quando se verifica, por exemplo, a dificuldade de se reconhecer a natureza de garantia fundamental dos direitos consagrados por meio de tratados internacionais.

Ou mesmo quando se tomam as normas constitucionais como meramente programáticas e não vinculativas, especialmente quando se trata de garantias básicas como a individualização da pena, aliás, já reconhecida como básica por Basileu Garcia há cinco décadas.

A análise feita por Basileu Garcia inicia-se com a contemporização entre as duas Constituições que influenciaram o Código Penal de 1940. A esse respeito, pondera o autor

que apesar de ter sido promulgado na vigência da Constituição de 1937, o Código, de viés autoritário, já teria o espírito da Constituição de 1946, mais liberal, sendo certo que com ela convivia harmoniosamente.

Para mostrar o caráter liberal do Código Penal de 1940 e sua total consonância com a Constituição de 1946, o autor destaca o fato de ambos os diplomas vedarem a pena de morte, enquanto a Constituição de 1937 a admitia, destacando, ainda, a limitação da efetiva execução da pena privativa de liberdade a 30 (trinta) anos.

Ao tratar do viés liberal da não perpetuidade da pena, abordando, ainda, a importância de não terem caráter perpétuo também as penas acessórias, o autor destaca a necessidade de se manter a indeterminação temporal das medidas de segurança, que ainda hoje, como bem se sabe, não possuem um prazo máximo de duração. Basileu Garcia ressalta expressamente a total adequação dessa indeterminação às necessidades profiláticas de defesa social.⁴

Ainda, com o intuito de mostrar a estreita relação entre o Direito Penal e a Constituição, Basileu Garcia faz uma abordagem pormenorizada dos princípios processuais que devem nortear a análise da culpa e a aplicação da pena. Destaca a vedação da prisão provisória sem flagrante, ou ordem escrita de autoridade competente, a necessidade de comunicar-se a detenção ao juiz, o cabimento do *habeas corpus*, a garantia do juiz natural etc.

O autor fala do princípio da pessoalidade da pena, conferindo expressivo destaque ao princípio da legalidade, cuja redação critica, por confundi-lo com o, igualmente importante, princípio da individualização da pena.

Critica a Constituição de 1946 por conferir ao júri dignidade constitucional,⁵ apontando que “no Brasil, como em tôda parte, sente-se a necessidade de que o julgamento dos crimes incumba a juízes criminais especializados, servidos pelos imprescindíveis conhecimentos jurídicos e criminológicos”.

Neste ponto, ousa discordar de Basileu Garcia, não obstante reconheça a atualidade de seu sentimento. Muitos doutrinadores e operadores do Direito, até mesmo a maior parte de nossos alunos, têm a impressão de que o júri se revela uma grande injustiça, haja vista o julgamento ser feito, a princípio, por leigos.

No entanto, na medida em que, cada vez mais, percebemos que também os juízes estão sujeitos às pessoalidades e paixões, já que são humanos, não vislumbro maior segurança no julgamento de um técnico concursado que no de sete cidadãos brasileiros.

Acreditar que a história de vida do juiz, como a história de vida dos jurados, leia-se seus partidos políticos, seus credos, suas relações familiares, suas classes sociais, não influenciam nas sentenças e decisões, revela um apego a um ideal de imparcialidade, há muito, ultrapassado.

Miguel Reale Júnior fez um estudo muito interessante do caráter subjetivo das sentenças judiciais, apontando que, em primeiro lugar, o magistrado decide o que entende, leia-se, sente, justo e, depois, busca argumentos racionais para justificar a decisão.

Pelo menos com o júri, que aprecia os crimes que todos estamos sujeitos a cometer e a sofrer, dada a incerteza das paixões da vida, o réu tem a oportunidade de ter seu ato apreciado por sete pessoas, com sete histórias de vida diferentes, tratando-se, portanto, de verdadeira garantia individual.

Poderíamos nos estender mais sobre esse ponto de discordância ou sobre o ponto anteriormente mencionado, qual seja, o referente à medida de segurança.

Ocorre que o desafio que nos foi colocado foi o de analisar, em linhas gerais, a abordagem conferida por Basileu Garcia à relação existente entre Direito Penal e Constituição.

E nessa análise, como já apontamos, é possível perceber a importância que o autor atribuiu à Constituição no estudo do Direito Penal, importância essa, infelizmente, ainda hoje mitigada.

Apesar de dedicar maior destaque aos princípios constitucionais com aplicação no Direito Penal e Processual Penal, dos textos de Basileu Garcia brota uma sementinha para a análise mais material dessa relação.

Com efeito, ao tratar do artigo 141 da Constituição de 1946, uma espécie de equivalente do atual artigo 5.º da Constituição Federal, Basileu Garcia utiliza o termo “Indicação constitucional”, extremamente atual nessa temática.

Afirma o autor que diversas figuras do Código Penal e da legislação especial são decorrentes de preceitos constitucionais, podendo-se inferir do texto que, em seu entender, o crime de violação de domicílio seria resultante da inviolabilidade de domicílio; os crimes de imprensa seriam resultantes da liberdade de manifestação do pensamento; abordando, inclusive, a proteção constitucional conferida aos direitos autorais.⁶

Percebe-se que mesmo não utilizando o termo bens jurídicos penais e não entrando expressamente na discussão relativa ao rol de bens jurídicos dignos de tutela penal, sendo esses bens marcados pelo próprio texto constitucional, Basileu Garcia, ainda que indiretamente, abordou a matéria na medida em que traça um paralelo entre garantias individuais e proteção penal.

Assim, não restam quaisquer dúvidas acerca de, há cinco décadas, já ter o autor reconhecido a existência, inclusive material, de ligação entre Direito Penal e Constituição. O que significa dizer que não cingiu sua análise ao princípio da legalidade ou à vedação de penas cruéis. Foi além, sugerindo uma estreita relação entre os direitos garantidos e a própria elaboração dos tipos penais.

Autores mais contemporâneos já não questionam tal relação, debatendo, no entanto, acerca de sua natureza. Há os que tomam a Constituição como um fundamento do Direito Penal; há os que a tomam, ao mesmo tempo, como fundamento e limite e os que nela vislumbram apenas um limite.⁷

A interrogação que poderia, a princípio, ficar, diz respeito à natureza dessa relação material já intuída por Basileu Garcia em seu entender. Seria a Constituição um limite material à criminalização? Ou, ao contrário, um fator determinante para a criminalização?

Ao falar em imperativo constitucional, em um primeiro momento, poderíamos ter a idéia de que o reconhecimento de um direito, ou garantia, por parte do constituinte, obrigaria o legislador ordinário a providenciar a tutela penal, como entendem cabível diversos autores ainda hoje.

Mas a avaliação conjunta da obra de Basileu Garcia sugere que ele vislumbrava entre o Direito Penal e a Constituição uma relação de limitação, como, aliás, expressamente consigna no trecho transcrito no início deste texto. Tudo somado ao fato de o próprio Basileu declarar-se um liberal.

Não obstante, devo reconhecer tratar-se de uma conclusão bastante tendenciosa. No doutoramento, defendi justamente que a Constituição, sob pena de absoluta incongruência, não obriga à criminalização de qualquer ação, funcionando, unicamente,

como limitador ao arbítrio do Estado. Assim, a Constituição serviria como um enorme quadro de bens jurídicos dentro do qual o legislador ordinário poderia gravitar.⁸

Esse entendimento, que pretensiosamente creio seria corroborado por Basileu Garcia, liberal declarado, é tomado como ultrapassado por muitos que vislumbram na Constituição não só um diploma do indivíduo, mas um diploma da sociedade.

Dessa maneira, ao mesmo tempo que o arbítrio seria vedado, a segurança estaria, com perdão do pleonismo, assegurada, devendo-se, sim, depreender do texto constitucional obrigações de criminalização, ou de proteção penal, especialmente no que concerne aos bens jurídicos supra-individuais ou coletivos.⁹

No entanto, por mais arraigado que isso possa parecer a um liberalismo iluminista ultrapassado, continuo entendendo que, no confronto entre indivíduo e sociedade, em nome da própria sociedade, deve prevalecer o indivíduo.

E isso não significa deixar a sociedade à deriva, mas reconhecer a existência de alternativas ao Direito Penal, o qual, até para que a sociedade seja mais e melhor protegida, deve ser guardado para as situações extremas, de maior reprovabilidade.

A Constituição não obriga a proteção penal, a Constituição a permite quando necessária e imprescindível.

Como acirradamente advoguei no trabalho anteriormente referido, o Direito Penal não deve ser um espelho da Constituição Federal, ao contrário, para um melhor atendimento de suas funções deve ficar bastante aquém do quadro Constitucional, que deve ser tomado como limite máximo, em cujas margens o legislador poderá gravitar. Valendo destacar, ainda, a limitação de o Direito Penal tutelar apenas bens constitucionais de viés fundamental.

Atualmente, há que se dizer, existe uma forte tendência a minimizar a relação do Direito Penal com a Constituição.

Pior, existe uma forte tendência a desprezar todo tipo de relação entre o Direito Penal e a Constituição, ganhando força o entendimento de que para as normas penais não se deve buscar qualquer limitação, ou fundamento, pautando-se, apenas e unicamente, na vontade do legislador, devendo a sanção ser aplicada para garantir a observância da própria norma. Seria um acirramento da chamada função de prevenção geral positiva da pena.

Juarez Tavares, há muito, reconhece a dificuldade de fixar critérios para a criminalização. Não obstante, mantém-se firme no propósito de buscar esses critérios,¹⁰ ou seja, *o fato de reconhecer aquilo que é não pode transformar o inadmissível no que deve ser*.

A já não tão *novel* corrente funcionalista radical, encabeçada por Günther Jakobs, desdenha de qualquer tentativa de fixação de critérios, aduzindo que a norma penal deve ser observada por ser norma e não por proteger qualquer bem jurídico, uma vez que toda essa criação de bens jurídicos seria apenas uma ficção.¹¹

Isso significa que nem sequer se ingressa na discussão referente aos possíveis parâmetros estabelecidos pela Constituição para a criminalização e a descriminalização, pois nem mesmo a idéia de proteção de bens jurídicos é aceita.

Essa concepção ganhou bastante relevo após os atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Sendo certo que, também no Brasil, existe um cenário propício, especialmente no âmbito prático, a um afastamento entre o Direito Penal e o Constitucional, seja pela violência que, há muito, nos desafia, seja pelos ataques às instituições de segurança, ocorridos em maio de 2006.

Seria como dizer estar “fora de moda” pretender ligar o Direito Penal ao

Constitucional, o qual, de um modo ou de outro, o limita.

Apesar de as concepções funcionalistas radicais, bem representadas no chamado, discutido, aclamado e rechaçado Direito Penal do Inimigo,¹² serem muito tentadoras por conferirem ao legislativo e até ao Executivo absoluto poder, em nome do Estado de Direito, julgo ser necessário cultivar a ainda não respeitada íntima conexão entre o Direito Penal e o Constitucional, com um enfoque para a função limitadora deste relativamente àquele.

Essa postura, além de proteger o indivíduo dos arbítrios estatais, protege, conseqüentemente, a própria sociedade.

De fato, ao se limitar o Direito Penal (e não medidas excepcionais) às situações de extrema necessidade, se estará valorizando-o. Ao valorizar o Direito Penal, automaticamente, buscar-se-ão alternativas menos intensas e, por isso, mais eficazes para as afrontas menos graves.

No entanto, focando o braço mais forte do Estado às situações de real necessidade, estar-se-á “liberando” as já combatidas Instituições da Polícia, do Ministério Público e do Judiciário a despender seus recursos materiais e, sobretudo, humanos, para as causas que, efetivamente, interessam à sociedade.

Minimizar o Direito Penal, à luz de uma concepção de imposição de limites materiais por parte da Constituição, não significa aboli-lo. Muito ao contrário.

Minimizá-lo, à luz da Constituição, significa fortalecê-lo para, dentro da ordem constitucional e legal, possibilitar um melhor enfrentamento dos problemas de segurança pública que assolam a sociedade.

A maximização advogada por pessoas bem intencionadas cria uma verdadeira ilusão.

Punindo-se ações absolutamente irrelevantes, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito judicial, os agentes estatais fingem que estão fazendo Justiça, quando, na verdade, estão enganando a todos, inclusive a si próprios.

Muitos conflitos hoje pretensamente resolvidos na esfera penal poderiam ser solucionados no âmbito cível. Contravenções? Menor potencial ofensivo? Tudo a abarrotar a Polícia e a Justiça, desviando atenções e favorecendo a corrupção.¹³

Se não há potencial ofensivo, melhor descriminalizar e deixar as energias e recursos para o que realmente fere bens jurídicos dignos de tutela em nível constitucional.

É bem verdade que nesse caminho árduo, a intelectualidade e a Academia têm um papel muito relevante.

De uma vez por todas, faz-se necessário conscientizar que o Direito Penal não tem, e não deve ter, o papel de moralizar. Não tem, e não deve ter, a função de fazer a justiça social ou de educar. O Direito Penal não é, e não pode ser, o meio de se fazer a reforma agrária, a reforma universitária, ou de levar à igualdade material.

Talvez não percebam, mas muitos penalistas que conferem maior destaque ao aspecto social que ao individual da Constituição, advogando o uso exagerado do Direito Penal na tutela dos direitos coletivos e supra-individuais, já estão praticando o Direito Penal do inimigo, não obstante, em tese, não concordem com seus preceitos.

Mesmo os objetivos trilhados pela Constituição podem e devem ser perseguidos por outros meios, que não o penal, sob pena de jamais os atingir e, nesse ínterim, ferir as grandes conquistas que o Iluminismo, tomado como ultrapassado, conseguiu.

A relação vislumbrada por Basileu Garcia entre o Direito Penal e o Constitucional, em uma perspectiva de limitação, deve ser preservada; mais do que isso, deve ser buscada, a fim de que indivíduo e, frise-se, sociedade, sejam protegidos *de verdade*.¹⁴

Referências

- DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. Coimbra: Almedina, 2004.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 2001.
- GARCIA, Basileu. A Constituição do Brasil e o direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 46, p. 5, abr. 1957.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas, 1996 (Cuadernos Civitas).
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.
- PIRES, Álvaro P. La 'línea Maginot' en el derecho penal: la protección contra el crimen *versus* la protección contra el príncipe. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, p. 11-45, jan./fev. 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004.
- TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial de lançamento, p. 75-87, dez. 1992.

1 Advogada e professora doutora de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

2 Ainda mais honrada fiquei com o fato de o convite ter partido de minha orientanda no mestrado em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Juliana C. Benedetti que, apesar da tenra idade, já demonstra seriedade em tudo o que se propõe desenvolver.

3 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.

4 Sobre esse mister, forçoso discordar do ilustre Professor, uma vez que não é possível admitir que o inimputável, por força de sua debilidade mental, seja tratado de maneira mais severa que o imputável que, a princípio, seria capaz de entender o caráter ilícito de seu ato e de se comportar de acordo com esse entendimento. Por isso, defendemos que a medida de segurança deve ser, de alguma maneira, limitada; apontando como possível critério o de obrigar a saída do sistema penitenciário quando atingido o limite máximo da pena para o imputável, como sugerido por Eduardo Reale Ferrari, em sua tese de doutoramento e proposto por comissão presidida por Miguel Reale Júnior, no anteprojeto da nova Lei de Execução Penal. (FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 2001. p. 196).

5 GARCIA, Basileu. A Constituição do Brasil e o direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 46, abr. 1957, p. 5.

6 “Não só figuras do Código Penal constituem decorrência de preceitos constitucionais. Por exemplo: o crime de constrangimento ilegal, o de violação de domicílio, o de violação de correspondência. Também na legislação especial, que floresce ao lado do Código, outras modalidades atendem a imperativos da Magna Carta. Assim, os crimes de imprensa, os crimes contra a organização do trabalho e os crimes contra a economia popular, em que se inclui a usura, objeto de taxativa indicação constitucional” (GARCIA, Basileu. A Constituição do Brasil e o

direito penal. *Revista dos Tribunais*, p. 6.).

- 7 Obviamente, há quem refute totalmente qualquer relação material entre Constituição e Direito Penal, cingindo o ponto de contato justamente aos princípios da legalidade, individualização da pena, humanidade etc.
- 8 PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.
- 9 Nesse sentido, vide: STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004.
- 10 TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial de lançamento, p. 75-87, dez. 1992.
- 11 JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas, 1996 (Cuadernos Civitas).
- 12 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Org. e Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- 13 A esse respeito vide: DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional*: a cooperação judiciária e policial na UE. Coimbra: Almedina, 2004. p. 41.
- 14 Sobre a possibilidade de compatibilizar essas duas metas, vide: PIRES, Álvaro P. La 'línea Maginot' en el derecho penal: la protección contra el crimen *versus* la protección contra el príncipe. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, p. 11-45, jan./fev. 2004.

As novas relações do Direito Penal com o Direito Internacional Público

Priscila Spécie¹

O exemplo mais emblemático da nova relação que se estabelece atualmente entre o Direito Penal e o Direito Internacional Público consiste na criação do Tribunal Penal Internacional (TPI).² Estabelecido pelo Tratado de Roma de 17 de julho de 1998, em vigor desde o dia 1º de julho de 2002,³ o Tribunal tem jurisdição permanente e sede em Haia. O TPI é competente para processar e julgar (i) crime de genocídio, (ii) crimes contra a humanidade e (iii) crimes de guerra, além do (iv) crime de agressão (competência *ratione materiae*), cometidos após 1º de julho de 2002 (competência *ratione temporis*). Embora os três primeiros crimes sejam definidos pelo próprio Estatuto, a definição para o crime de agressão ainda é objeto de negociação específica no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Com relação à competência *ratione personae* do TPI, somente serão julgadas as pessoas acusadas que sejam nacionais de Estados-Parte do referido Estatuto ou aqueles, ainda que não nacionais, cujo crime tenha sido cometido dentro do território de um dos Estados-Parte. O exercício de sua competência, por sua vez, acontecerá somente após provocação de um Estado-Parte ou de investigação iniciada pelo promotor de acusação (art. 13). Além desses casos, o TPI poderá exercer sua

competência quando solicitado pelo Conselho de Segurança (CS) da Organização das Nações Unidas (ONU) com base no Capítulo VII (Ação relativa a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão) da Carta da ONU. Ressalte-se que a jurisdição do TPI exerce papel subsidiário (e não substitutivo) às jurisdições dos tribunais penais nacionais; portanto, deverá atuar, de forma complementar (art. 1.º) quando estas não tiverem “*vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer*”⁴ (art. 17, 1, a), entre várias outras hipóteses.

Disposições importantes no Estatuto do TPI referem-se também à aplicação das regras sobre “imunidades diplomáticas”. Tais regras foram estabelecidas no âmbito internacional pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961)⁵ como forma de exceção às leis penais processuais nacionais no que tange ao princípio da igualdade perante a lei e da territorialidade, a exemplo da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado (referindo-se a qualquer delito e estendendo-se aos Chefes de Estado) de que goza o agente diplomático (art. 31, 1 da referida Convenção). O Estatuto do TPI não ignora por completo as regras que determinam as obrigações internacionais de um Estado em matéria de imunidade diplomática de pessoas de um Estado terceiro (art. 98), no entanto, afirma o princípio da igualdade perante a lei quanto à jurisdição penal internacional ao declarar expressamente a “irrelevância da qualidade oficial (...), em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público” (art. 27) quanto à aplicabilidade do Estatuto.

Recentemente, outras medidas tomadas em conjunto pelos Estados adquiriram importância, na relação entre o Direito Penal e o Direito Internacional Público. Entre elas incluem-se os “Acordos de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal”. Nesse sentido, nos últimos dez anos, o Brasil estabeleceu acordos com, entre outros, os Estados Unidos da América (Dec. n.º 3.810 de 02.05.2001), a Colômbia (Dec. n.º 3.895 de 23.08.2001) e o Peru (Dec. n.º 3.988 de 29.10.2001), além do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul (documento assinado em 25.06.1996 e internalizado, no Brasil, pelo Dec. n.º 3.468 de 17.05.2000). Com base nesses acordos, os Estados-Parte devem prestar assistência mútua, principalmente para a investigação de delitos, e cooperação nos procedimentos judiciais relacionados com assuntos penais. Caberá, então, a cada acordo estabelecer o alcance, os limites e a forma de processamento e assistência.⁶

Vale notar que o impulso para a cooperação jurídica em assuntos penais, no caso específico do Mercosul, teve influência do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional de Las Leñas (assinado em 27.06.1992 e internalizado, no Brasil, pelo Dec. n.º 2.067 de 12.11.96), que, em princípio e, primordialmente, trata de “Reconhecimento e Execução de Sentenças e de Laudos Arbitrais” em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, mas também menciona sua aplicabilidade “às sentenças em matéria de reparação de danos e restituição de bens pronunciadas na esfera penal” (art. 18 do referido Protocolo).

Por sua vez, o Protocolo de Las Leñas também determinou mudanças no direito brasileiro com relação ao processamento e julgamento de “homologação de sentenças estrangeiras”. Assim, o Protocolo estabelece que entre os Estados-Parte do Mercosul, incluindo o Brasil, tal ato se faça “por via de cartas rogatórias e intermédio da Autoridade Central” (art. 19), e não pelo procedimento (geral) de homologação de sentenças estrangeiras previsto para todos os outros países que extrapolam o âmbito do Mercosul. Com relação ao ‘procedimento geral’, nota-se, no caso do Brasil, alteração constitucional

recente quanto à competência para homologação de sentenças estrangeiras e à concessão do *exequatur* às cartas rogatórias. A partir da Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, revogou-se a competência do Supremo Tribunal Federal nessa questão (art. 102, *h*, CF 1988), que passou a ser acrescida à do Supremo Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, CF 1988).⁷

Finalmente, o “instituto da extradição”, ato de cooperação internacional que consiste na entrega de uma pessoa, acusada ou já condenada, à justiça de outro Estado⁸ pelo interesse em seu julgamento e/ou punição, é concretizado conforme o princípio da reciprocidade. Os pedidos de extradição são, normalmente, requeridos com base em tratados bilaterais. No caso do Brasil, mais de 20 (vinte) tratados bilaterais de extradição estão em vigor, além do Acordo de Extradição entre os Estados-Parte ⁹do Mercosul (Dec. 4.975, de 30.01.2004), em vigor desde 01.01.2004. A legislação brasileira prevê que, na ausência de Tratados de Extradição, aplicar-se-á o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815 de 19.08.1980). Por fim, a competência para processar e julgar originariamente a extradição solicitada por Estado estrangeiro é do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Referências

ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (Dir.). *Droit international pénal*. Paris: Pedone, 2000.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. Trad. de Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004.

CASSESSE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John. R. W. D. (Ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: RT, 2000.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público — formação do direito, sujeitos, relações diplomáticas e consulares, responsabilidade, resolução de conflitos, manutenção da paz, espaços internacionais, relações econômicas, ambiente*. Trad. de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

KLEEBANK, Susan. *Cooperação judiciária por via diplomática. Avaliação e propostas de atualização do quadro normativo*. Brasília: Instituto Rio Branco/Fundação Alexandre Gusmão, 2004.

MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MACHADO, Máira Rocha. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 53, p. 98-118, mar./abr. 2005.

MACHADO, Máira Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre quebra de sigilo em cartas rogatórias. In: MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v. 1.

MACHADO, Máira Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

MACHADO, Máira Rocha. O sistema antilavagem de dinheiro e a cooperação internacional no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; CHENUT, Kathia Martin (Org.). *Globalização e internacionalização do direito penal* (no prelo).

MACHADO, Máira Rocha; BRAGA, Marco Aurélio Cezarino. Cooperação penal internacional no Brasil: as decisões do Supremo Tribunal Federal em cartas rogatórias, homologações de sentença estrangeira e pedidos de extradição (1994-2004). Relatório de pesquisa. *Cadernos Direito GV* (no prelo).

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 54, maio/jun. 2005.

Fontes eletrônicas

www.cicr.org — Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

www2.mre.gov.br/dai/extrad.htm — Divisão de Atos Internacionais (DAI) do Ministério das Relações Exteriores (Brasil).

www.mj.gov.br — Ministério da Justiça (Brasil).

www.un.org — Organização das Nações Unidas.

www.sice.oas.org — Organização dos Estados Americanos.

www.planalto.gov.br / www.presidencia.gov.br — Presidência da República Federativa do Brasil.

www.icc-cpi.int — Tribunal Penal Internacional.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), mestranda no Departamento de Ciência Política da FFLCH-USP. Pesquisadora do Núcleo de Direito Global da Direito GV e do Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap).

2 O Estatuto do TPI foi adotado pela “Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional”, em 17 de julho de 1998 (documento da ONU, A/CONF.183/9). A evolução da internacionalização do Direito Penal acontece progressivamente, em um primeiro momento, após a Segunda Guerra Mundial, a partir da criação dos Tribunais militares internacionais de Nuremberg (pelo Acordo de Londres de 1945) e Tóquio (1946), bem como da Convenção das Nações Unidas para a prevenção e repressão do crime de genocídio de 1947. Posteriormente, no início da década de 1990, no âmbito das Nações Unidas, por decisão do Conselho de Segurança, foram criados dois tribunais *ad hoc*, um para a ex-Iugoslávia (resolução 808 de 22 de fevereiro de 1993) e outro para Ruanda (resolução 955 de 8 de novembro de 1994). Uma análise sobre a criação, o funcionamento e os desafios desses Tribunais pode ser encontrada em MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais sobre o crime e a pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.

3 Conforme art. 5.º, § 4.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. No Brasil, o Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 112, de 06.06.2002 e o Decreto n.º 4.388 de 25.09.2002 promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O Estatuto do TPI foi ratificado por 103 países, conforme dados de janeiro de 2007.

4 Cf. documento na versão em língua portuguesa, anexo ao Decreto 4.388, de 25.09.2002. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: mar. 2006. As versões oficiais do Estatuto do TPI, no entanto, são apresentadas pela ONU, em inglês, francês, chinês, espanhol, árabe e russo. Documentos disponíveis em: <<http://www.un.org/law/icc/docs.htm>>. Acesso em: mar. 2006.

5 No Brasil, o Congresso Nacional aprovou a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas pelo Decreto Legislativo n.º 103/1964 e a promulgou pelo Decreto n.º 56.435, de 8 de junho de 1965. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/decreto/Antigos/D56435.htm>>. Acesso em: mar. 2006.

6 Sobre a cooperação internacional ver: MACHADO, Máira Rocha. *Cooperação penal internacional no Brasil: as*

cartas rogatórias passivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 98-118, mar./abr. 2005; MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre quebra de sigilo em cartas rogatórias. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos*: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v. 1, p. 99-112; MACHADO, Maíra Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. E, ainda, MACHADO, Maíra Rocha; BRAGA, Marco Aurélio Cezarino. Cooperação penal internacional no Brasil: as decisões do Supremo Tribunal Federal em cartas rogatórias, homologações de sentença estrangeira e pedidos de extradição (1994-2004). Relatório de pesquisa. *Cadernos Direito GV* (no prelo).

- 7 Sobre a tramitação e as condições necessárias ao cumprimento das cartas rogatórias ativas e passivas ver KLEEBANK, Susan. *Cooperação judiciária por via diplomática*. Avaliação e propostas de atualização do quadro normativo. Brasília: Instituto Rio Branco/Fundação Alexandre Gusmão, 2004. p. 39-78; MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 54, maio/jun. 2005; e, no prelo, MACHADO, Maíra Rocha. O sistema antilavagem de dinheiro e a cooperação internacional no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; CHENUT, Kathia Martin (Org.). *Globalização e internacionalização do direito penal*.
- 8 O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por exemplo, diferencia o conceito de “extradição” do instituto da “entrega” nos termos do Estatuto, justamente pelo fato de a extradição consistir na entrega da pessoa em questão a outro Estado e não a um Tribunal. Nos termos do art. 102, *b*, do Estatuto do TPI, “Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.
- 9 Austrália, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Coreia do Sul, Espanha, Estados Unidos, México, Peru, Portugal, Reino Unido, Suíça, Venezuela, França, Itália, entre outros. Aguarda-se, ainda, a promulgação de tratados já assinados com Canadá, Rússia e outros países.
- 10 Art. 102, I, *g*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os limites constitucionais ao instituto da extradição também estão elencados em nossa Constituição, art. 5.º, LI e LII.

Das atuais relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo

Renato de Mello Jorge Silveira

1. Introdução

As antigas e tradicionais relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, antes limitadas quase que unicamente a ponderações como o estabelecimento de providências de cunho administrativo no trato penal, entre as quais pode-se citar como exemplo maior a própria medida de segurança, em muito se agigantaram na modernidade. Estabelecendo um verdadeiro rompimento do que se considerava uma completa autonomia entre as esferas penal e administrativa, hoje o Direito Penal conhece

uma interação de ciências, de lado-a-lado.

Semelhante novo estado de coisas originou-se, principalmente, a partir da situação de expansão vivida pela seara penal nas últimas décadas. Passando a cuidar e, mais particularmente, tutelar campos antes tratados quase que unicamente pelo Direito Administrativo, o Direito Penal passa a se escudar em preceitos administrativos para a configuração criminal. Não raro, tal estado de coisas acaba por influenciar preceitos antes tidos por estáticos e basilares.

A consagração do chamado Direito Penal supra-individual, versando, basicamente, sobre interesses difusos — campo de incidência penal característico, entre outros detalhes, pela vagueza do bem jurídico, pela dificuldade de constatação do dano, pela antecipação da tutela penal — ampliou a necessidade de apoio administrativo para o perfazimento do crime. Trata-se, fundamentalmente, de uma multiplicação dos tipos com lastro não penal e, também, de uma assessoriedade administrativa cada vez maior.

A utilização de conceitos administrativos já era presente, desde há muito, em construções como as leis penais em branco já pregadas por Binding. Isso se faz majorar com a idealização de crimes de perigo abstrato por mera infração administrativa, divergindo, em termos, da previsão da lei em branco. Característica fundamental do que se chama de Direito Penal da sociedade de risco, Direito Penal de risco ou, ainda, Direito Penal de perigo, tais previsões são típicas da sociedade entendida como pós-moderna.

Outra sorte de modalidade de interação administrativa-penal se dá em formulações que se desenvolvem há quase duas décadas, em especial a formulação da Escola de Frankfurt sobre o Direito de Intervenção. Tudo, enfim, a evidenciar a comunhão penal-administrativa. Aqui, ponderação crítica fundamental, uma vez que a necessária superação da fase administrativa para o deslinde penal tem suscitado grandes, e nem sempre bem resolvidas, questões. Com o escopo de ampliar os contornos iniciais de se dar algumas muito breves considerações sobre o tema.

2. Da assessoriedade administrativa propriamente dita

Muitas são as formas normalmente percebidas de interação entre os sistemas administrativo e penal. Tendo em conta o alerta bem formulado por Greco de que existe uma plêiade de problemas inerentes à existência de normas penais que fazem referência direta ao Direito Administrativo,² são de se notar que, além da esperada tensão havida entre a legalidade de um e a oportunidade e discricionariedade de outro,³ saltam aos olhos indícios de que a pureza penal não basta para o deslinde de problemas supra-individuais colocados, os quais necessitam de anteparos outros, de referência direta administrativa. Justamente tal dependência penal em relação ao Direito Administrativo é que é entendida, hoje, fundamentalmente pela doutrina alemã, como uma assessoriedade administrativa (*Verwaltungsakzessorität*).⁴

A chamada expansão e hipertrofia por que passa o Direito Penal, abarcando searas que antes lhe eram desconhecidas, em muito explica tal estado de coisas. Com criminalizações várias, como as dadas em áreas ambiental e econômica, as quais pecam em diversos aspectos, acabou se verificando um déficit de efetividade bastante significativo.⁵ Antecipações de tutela, formulações abertas e mesmo ponderações acerca de uma visualização cumulativa de delitos⁶ são elementos componentes deste novo Direito Penal. Mas também marcante é a assessoriedade administrativa. Aqui, justamente um dos seus lastros iniciais: fazer-se utilizar de elementos do ícone primeiro de proteção

para, agora, a salvaguarda penal.

Observe-se que, basicamente, três moldes são de se considerar presentes em realidades comparadas. Um primeiro modelo estabelece uma tutela penal absolutamente independente de previsões administrativas, tecendo pontos exaustivos no campo criminal. Outro se mostra de forma por completo dependente para seu aperfeiçoamento; vale dizer, as normas sancionadoras, em branco que são, requerem ingredientes definidores dados pela estipulação administrativa. Por fim, o modelo que cada vez mais freqüentemente se vê, e se constata, estabelece elo de regulação penal relativamente subordinado à atuação administrativa.⁷ É justamente aqui, na anteposição de pensamentos, que reside o crucial problema vivido na atualidade.⁸

A falta de percepção de alguns e a defesa expressa do primeiro modelo, por outros, leva a duvidosas situações, como a percebida no Brasil. Por mais que se sustente que se trata, unicamente, de opção legislativa, é mister considerar a existência, ou a co-existência, de múltiplos modelos para a avaliação do momento hodierno. Notadamente, e cada vez mais, a proteção ambiental e econômica se ampara em preceitos administrativos para a resposta penal.

Note-se quão séria e dificultosa se mostra a questão. Muito comumente não faz, a norma penal, expressa referência a uma anterior autorização administrativa, qual, muitas vezes, se percebe na formulação de leis penais em branco. De todo modo, podem ser entendidas diferentes formas de assessoriedade. Diz-se, pois, da assessoriedade conceitual (que se dá quando a lei toma emprestados conceitos do Direito Administrativo); da assessoriedade ao ato administrativo individual (ato administrativo) e da assessoriedade ao ato administrativo geral.⁹ Estes últimos, freqüentes no Brasil, são exemplos vivos de que não mais se pode aceitar, à inteireza, as separações bradadas pela doutrina clássica.

De se ver que a assessoriedade administrativa, de modo amplo, se faz presente em diversas normas e em construções típicas mais elaboradas, como no caso ambiental. Entretanto, em outras modalidades, como no Direito Penal Econômico ou Financeiro, deve-se ter em mente que ela acaba, peremptoriamente, por consagrar uma mudança de norte no Direito Penal. A se ter, v.g., o caso de necessária superação, em crimes de sonegação fiscal, da sua apuração, por parte do fisco, para posterior avaliação quando aos eventuais valores devidos.

Assim o caso brasileiro. Após a publicação da Lei n.º 8.137, de 27.12.1990, a qual definiu os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, sobreveio a Lei n.º 9.249, de 26.12.1995.¹⁰ Esta, em seu art. 34, explicitava uma especial causa de extinção da punibilidade, qual seja, a do pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia.¹¹ Após ampla discussão jurisprudencial, em 2003, sobreveio uma decisão do Supremo Tribunal Federal, pela qual se acabou por aceitar a tese de que falta justa causa para a ação penal “enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo”.¹²

Tornando-se jurisprudência pacífica tanto no Supremo Tribunal quanto, também, em sede do Superior Tribunal de Justiça ou de Tribunais estaduais, a questão suscitou oposições de todo gênero, em especial dizendo que com isso estar-se-ia tolhendo o poder do órgão acusador ou legitimando pretensão unicamente arrecadatória por parte do Estado. Não se teve tento, contudo, para a percepção de que aqui se fazia presente, nitidamente, uma assessoriedade administrativa. Em outros termos, só pode o Estado dar vazão à pretensão punitiva após a constatação administrativa de que, realmente, se deu conduta eventualmente a ser reprovada. Assim, a condição objetiva de punibilidade ou o

elemento normativo mencionados acabam lastreando-se em uma consideração outra, qual seja, a de que o Direito Penal, em tais casos, não pode desempenhar sozinho suas funções. O vínculo e a assessoriedade são patentes.

Mais gritante ainda é o caso, ainda em âmbito econômico, trazido à baila pela Lei n.º 10.149, de 21.12.2000, a qual modificou diversos dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11.06.1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia. Foram, por ela, inseridos dispositivos sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Dentre muitas previsões, foi estabelecida a tipificada no art. 35-C, segundo a qual, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137/90, a celebração de acordo de leniência (proposto pela Secretaria de Direito Econômico, segundo previsão do art. 35-B, da mesma lei), determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.¹³ Uma vez cumprido tal acordo, extingui-se-ia, automaticamente, a punibilidade dos citados crimes.¹⁴

Ora, o acordo a que se faz menção dá-se entre a SDE e pessoas físicas ou jurídicas que se mostrem como autoras de infrações à ordem econômica, colaborando, efetivamente, para a identificação dos demais co-autores da infração, bem como para a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada sob investigação (art. 35-B).¹⁵ Nesse sentido, como se vê, amplia-se, sobremaneira, o espectro de atuação administrativa, agora também em seara nitidamente penal. Em outras palavras, de se ver que a celebração de acordo, por parte da Secretaria de Direito Econômico, vale dizer, por órgão estranho ao Poder Judiciário, agora tem o condão de, inicialmente, suspender e sobrestar a prescrição e o andamento do feito, e, depois, decretar extinta a punibilidade de fato tido como típico em termos penais econômicos.

Muito provavelmente aqui, ainda mais, se percebe a ingerência administrativa sobre a penal. Com menos repercussão, até porque muito menos suscitado, o chamado acordo de leniência é exemplo emblemático também da assessoriedade administrativa. Mas não só. Outros muitos são os exemplos a se mencionar para a constatação penal-administrativa dos dias de hoje.

3. Interação e interdependência entre Direito Penal e Direito Administrativo

Como se vê, a antiga assertiva de Basileu de que somente existiria uma relação entre os Direitos Penal e Administrativo no que toca à execução das sanções impostas pela lei criminal, encontra-se, em parte, superada. Por certo tais relações ainda são presentes, mas outras ponderações são, também, percebidas.

Considerando, em grande medida, as criminalizações simbólicas no tecido penal ambiental e econômico, desenvolvem-se na Alemanha dos anos 1980 do século XX as idéias da Escola de Frankfurt, tendo Hassemer como mentor de proposta de solução às intempéries do Direito Penal moderno.¹⁶ De um lado, dever-se-ia reduzir o Direito Penal a um Direito Penal básico, em que se ajustassem todas as lesões dos bens jurídicos individuais clássicos, além das situações de perigo grave, como incêndio, condução de veículos sob influência alcoólica, formação de quadrilhas etc. Ao mesmo tempo, proteger-se-iam aqui, também, bens jurídicos universais (supra-individuais), necessários ao ordenamento do próprio Estado. Ao lado disso, ter-se-ia a criação de um Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*), situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao do Direito Penal, mas igualmente acompanhado de uma carga reduzida de sanções. A essa classe inovadora caberiam os delitos que não

viesses a agredir, de maneira intensa, diversos bens.¹⁷

Apesar de ser ainda questão utópica e permeada de críticas de toda a parte, tem-se, no chamado Direito de Intervenção, também modalidade de interação de constatação obrigatória entre as searas penal e administrativa.¹⁸ Mas não só. Diz-se, também, da existência de mescla entre o administrativo e o penal, quando se visualiza crime pela simples ausência ou infração do controle administrativo.

De fácil constatação é que, há muito, percebe-se, como uma das mais frequentes incidências da Administração na vida cotidiana, o regramento de condutas. O mais emblemático e tradicional caso é o das chamadas leis penais em branco.¹⁹ Com sua formulação inicial devida a Binding, em sua clássica *Normentheorie*, teve-se por certo que deveriam ser previstas algumas *lex imperfectas*, cujo conteúdo deveria ser preenchido por decretos. Com alterações marcantes sentidas em seu desenvolvimento pela pena de Mezger aos dias de hoje,²⁰ muito se discute sobre validade, legitimidade e coerência dessa modalidade normativa.

Afetando-se regramentos principiológicos como o de legalidade, críticas severas são endereçadas às chamadas leis penais em branco. Por se mostrarem vagas e ambíguas de um lado, e autorizarem ao ordenamento não penal o aperfeiçoamento típico de outro, questionam-se a legalidade e a constitucionalidade delas. De todo modo, é de se ver que, além de inexistir proibição ou barragem constitucional à sua formulação, diz-se da natural necessidade de seu emprego em diversas searas.²¹

Na verdade, conforme já atestava Mezger, três são as modalidades de leis penais em branco: aquelas em que o complemento da norma se faz presente na mesma lei; quando se encontra em outra lei, porém emanada pela mesma autoridade legislativa; ou, ainda, quando o complemento é feito por uma norma de instância legislativa diversa. Considerando que apenas esta última poderia ser tida como lei penal em branco propriamente dita,²² enquanto as demais seriam, de fato, tipos normativos, diversos autores acabam por questionar a legalidade ou mesmo a constitucionalidade do terceiro modelo mencionado.²³

Utilizando-se de similar expediente e entendendo que algumas regras devem ser mais impositivas, cabendo ao seu infrator sanção penal, formata-se nova modalidade delituosa, tida como a criminalização de perigo abstrato por mera infração administrativa. Inicialmente tidas na Alemanha como situações específicas (*Prüfstellendelikte*), hoje encontram-se distintas maneiras de classificar ou mesmo identificar tais construções típicas, sempre dizendo respeito a uma ação dada em contrariedade a uma prévia regulamentação administrativa. Caracterizadas por descrever sua conduta típica atinente à realização de atividade sem a esperada autoridade administrativa,²⁴ nelas não se percebe, por claro, situação necessariamente danosa, mas unicamente de perigo desenhado pelo legislador. Com muito menor construção dogmática, mostra sua necessidade por imperativo de ordem político-criminal, frequentemente utilizada nos campos ambiental e econômico ou financeiro. Note-se, contudo, que não se trata, especificamente, de uma lei penal em branco, vez não se estar, nesse caso, completando-se o significado normativo com outra espécie ordenamental, mas tão-só com autorização de funcionário do Estado, em forma de assessoriedade ao ato administrativo individual.

Surgida já com o Projeto Alternativo alemão, a noção de uma incriminação por simples quebra de regulamento administrativo acaba por formatar uma interdependência das esferas criminal e administrativa. Formata-se uma verdadeira primeira noção, como se verá, depois, de assessoriedade administrativa no âmbito penal. Pretendendo dar maior arcabouço aos crimes de perigo, o Projeto Alternativo sugeria, em certos casos, em que

fosse percebido um pouco-caso com eventual perigo à vida ou à integridade física de outrem, tipificação penal a quem atuasse sem autorização administrativa. Fortificando a noção de técnica legislativa, tal formulação hoje pode ser percebida em diversas normatizações, como a alemã, a italiana, a espanhola²⁵ e mesmo a brasileira.²⁶

De todo o exposto, percebe-se que o significado dogmático de tal assessoriedade administrativa vem a ser multifário. Por primeiro, há de se ver que, do ponto de vista de unidade do ordenamento jurídico, um comportamento baseado em uma autorização (administrativa) não deveria ser considerado (penalmente) antijurídico, enquanto o oposto também não.²⁷ Mais do que isso, uma autorização acaba por quebrar a própria idéia de tipicidade de uma norma que venha a primar pela quebra administrativa. Assim, acima de tudo, a assessoriedade tem uma função ampla: do ponto de vista da autoridade, permite-se o controle de certas atividades perigosas, enquanto no contexto particular valida-se a conduta lícita, sem responsabilização penal, aceitando-se, com isso, certos riscos inerentes a tal atuar.²⁸ Ainda que possa ser tida como muito próxima do conceito de norma penal em branco, aqui se faz estrita referência a um controle da administração, diferindo, pois, conceitualmente, ao menos em termos tradicionais, daquela. Seus problemas são mesmo muito mais acentuados.

Referendando a construção de tipos de perigo abstrato, cria-se, por certo, um problema quanto à possibilidade de intolerável expansão de figuras típicas, discricionariamente erigidas à consideração penal. Mesmo aqui, o ideal, na avaliação do tipo objetivo, é que sejam percebidas situações nas quais se evidencie um risco penalmente relevante, até por um ponto de vista político-criminal. Assim, portanto, mesmo que a criminalização se dê unicamente sob um prisma *ex ante*, pareceria cabível uma consideração *ex post*. O contorno de crime por infração ou ausência de controle administrativo tem de ter considerações de imputação objetiva ou de política criminal. Em outras palavras, não se trata de mero *referendum* ao legislador.

4. Do mito da independência entre as esferas administrativa e penal

Muito se sustenta sobre a alegada independência entre as esferas administrativa e penal. Em termos clássicos, brada-se que o Direito Penal, versando sobre bens jurídicos dos mais caros ao homem, cuidando de condutas criminosas e socialmente reprováveis, não se sujeitaria, de modo, e em tempo algum, às condições ou balizas primeiras impostas por outros ramos do Direito. A isso se some, por igual, uma pretensa independência do órgão acusador, o qual, constatando conduta criminosa, pode, e deve, proceder a uma persecução criminal.

A alegada quase que autoridade penal que se confere a entes administrativos gera, por certo, tensão considerável entre as instâncias administrativa e penal. Heine pondera, nesse sentido, que mesmo após inúmeras discussões ainda se constatam dúvidas subsistentes, em especial no que diz respeito a uma falta de harmonia dogmático-construtiva quanto à proteção supra-individual. Assim, mais sentido faria unir esforços na expectativa de proteção ambiental, ou mesmo econômica, com reforço administrativo, ou, ao menos, seu amparo.²⁹ Daí a constatação da importância da assessoriedade administrativa.

Sem dúvida, boa parte da problemática colocada versa sobre o modo pelo qual se pretende explicar essa situação. As noções de licitude de eventual autorização administrativa, por certo, devem se fazer presentes. Considerações, para a avaliação, portanto, da assessoriedade, como casos de antijuridicidade, mas efetividade ou de

autorização nula, também se fazem presentes.³⁰ Para qualquer perspectiva que se utilize, ou qualquer modelo pretendido, o entendimento majoritário de obrigatoria eventual efetividade penal de ato administrativo não nulo em situações de assessoriedade administrativa é marcante.³¹

Observe-se que, desde um ponto de vista da legalidade, existe forte pensamento a autorizar a plena autonomia do Direito Penal. Este é, sempre, moldado pelo legislador. Problemas de legitimidade são percebidos em diversas espécies de questões administrativas. Assim, enquanto as ponderações de assessoriedade administrativa conceitual, em tese, ofertam menos problemas, ao menos em sede de legalidade, o mesmo não ocorre com a assessoriedade ao ato administrativo individual ou até, em certos casos, geral. Note-se que nesta a autorização não se dá por norma legal, mas por regulamento ou deferência autorizativa de agente público, o que também se percebe em casos de criminalização por mera infração administrativa.³²

Razões muitas existem para a necessária superação do mito mencionado. Entre tantas, aceitas que são pelas doutrinas alemã ou espanhola, são de se mencionar, sem maiores aprofundamentos, a idéia ou noção exculpante de unidade do ordenamento jurídico (pelo qual o Direito Administrativo e o Penal, partes que são de um macrosistema jurídico, não deveriam encontrar-se fora de sintonia) ou a de segurança jurídica e proteção da confiança no ato administrativo (segundo o qual se entende que há obrigação de se aceitar o administrativo, ainda que ilícito, como causa de exclusão da responsabilidade penal, uma vez tendo ele sido emitido por autoridade do Estado).³³

Uma dúvida, no entanto, poderia pender a questão em favor daqueles que sustentam as teses de autonomia do Direito Penal. Como se avalia a licitude, ou não, de um ato administrativo, sua legalidade, enfim? Se por bases penais, aparentemente garantida estaria, ao menos, a hegemonia do Direito Penal. Mas não parece ser esse o caminho adequado. A maioria da doutrina segue na direção de aceitação de que mesmo atos com vícios de legalidade em terreno administrativo podem ser tidos por penalmente válidos no sentido de excluir o injusto.³⁴

Em outros tempos, já se sustentou pela independência absoluta das esferas penal e administrativa. Hoje, não mais. Caem por terra, assim, os discursos radicais, os quais procuram manter a ilusória idéia de que o Direito Penal, braço forte da lei, se basta de *per se*. O Direito Penal assim tomado, além de simbólico, não cumpre seus deveres mezinhos. Em outras palavras, ao menos em sede supra-individual, ele é ineficaz. Armas outras são fornecidas pelo Direito Administrativo, procurando dar-lhe mais fundamento e possibilidades de combate.

Não se violando questões como a de legalidade ou a de taxatividade, deve-se ter por correto e fruto da pós-modernidade o fato de que a assessoriedade administrativa aí se encontra e requer cuidados e considerações. Nesse mesmo passo, é de se observar que se expandem, também, tipos penais com vínculo administrativo, como os tipos de perigo abstrato por infração administrativa ou leis penais em branco.

Finalmente, aportes outros parecem referendar cada vez mais a idéia de que a questão administrativa ganha terreno no campo penal. Essa é a tese determinante de Hassemer com seu Direito de Intervenção. Utópico em sua essência, busca ele saídas necessárias com a criação de um novo Direito, mas com características, em muito, administrativas. Talvez seja esse o marco último da superação definitiva da independência completa do Direito Penal. Ele é autônomo, sim, em termos tradicionais ou nucleares. Em novos campos, cada vez mais se brada e pede por uma sua interação com o Direito Administrativo e, talvez aqui, uma das características mais marcantes da evolução

Referências

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais*. Da legalidade e culpabilidade. São Paulo: IBCCrim, 2003.
- BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. n. 44.
- CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Causas especiais de extinção da punibilidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.
- GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *RBCCrim*, 58/155.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. Trad. de Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *RBCCrim*, 22/33, 1998.
- HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Trad. de Elena Larrauri, revisada por Monika Mainecke. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993.
- KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105, 1993.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal*. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*. Tratamiento penal de comportamiento perjudiciales para el ambiente amparadas en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: CEDES, 1996.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.
- MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Libro de estudio. Parte general. Traducción de la. 6. ed. alemana por el Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: El Foro, [s.d.]. t. I.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *RBCCrim*, 28/125.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal — Parte general — Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? Trad. de Lourdes Baza. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Praventionsstrafrechts — zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*. Berlim: Dunker & Humbolt, 2000.

- 1 Professor associado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- 2 GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *RBCCrim*, 58/155.
- 3 Como se sabe, o princípio da legalidade é eixo reitor de todo o Direito Penal, implicando uma série de garantias a serem dadas ao próprio cidadão. Cf. AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais*. Da legalidade e culpabilidade. São Paulo: IBCCrim, 2003.p. 89 e ss.
- 4 A idéia de assessoriedade aqui é tomada, diferentemente de outros autores, como derivada de assessorio — que serve de assessor, auxiliar, e não de acesso. Na realidade nacional, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 134 e ss.
- 5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001, p. 90 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. p. 121 e ss.
- 6 Quanto à idéia dos delitos cumulativos, KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105, 1993, p. 697 e ss. WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Praventionsstrafrechts — zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*. Berlim: Dunker & Humbolt, 2000. p. 318 e ss. Na realidade brasileira, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal*. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005. p. 134 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006. p. 147 e ss.
- 7 MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*. Tratamiento penal de comportamiento perjudiciales para el ambiente amparadas en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: CEDES, 1996. p. 62.
- 8 Na realidade, como assevera Heine, enquanto em casos de dependência penal absoluta ou relativa em face do Direito Administrativo, a situação se mostra diversa no que tange a uma independência total dos sistemas. A dependência absoluta, quiçá seja possível em realidades mais próximas da *commom law*, em que o Direito Penal se submete inteiramente às funções e objetivos do Direito Administrativo. A relativa dependência, por sua vez, exigência que faz a proteção de alguns bens jurídicos, como o ambiente ou a economia, agiliza e possibilita uma série de melhores respostas, bem como de possibilidades de evitamento de danos ao objeto de tutela. Mas, observe-se que a assessoriedade aqui colocada diz respeito, necessariamente, a bens supra-individuais. Em se tratando de irregularidades especialmente graves, particularmente como o caso de atentados a bens individuais, o Direito Penal se mostra, ainda, totalmente independente do Direito Administrativo. Cf. HEINE, Günther. Accesoriadad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993. p. 293 e ss.
- 9 Cf., entre outros, GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *RBCCrim*, p. 159 e ss. Utilizando-se do exemplo normativo brasileiro, ainda que com pontuais detalhes diferenciais, Greco atesta que “exemplo de assessoriedade ao ato administrativo geral seria o art. 38 da Lei 9.605/98, que criminaliza a conduta de ‘utilizar’ floresta de preservação permanente ‘com infringência das normas de proteção’. Exemplo de assessoriedade ao ato administrativo individual nos é dado pelo art. 39 da Lei 9.605/98:

‘Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, *sem permissão da autoridade competente*’.”

- 10 É bem verdade que a Lei n.º 8.137/1990 já fazia referência, em seu art. 14, à causa de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo. Entretanto, semelhante artigo foi, depois, revogado. Daí a se falar, unicamente, na realidade trazida pela Lei n.º 9.249/95.
- 11 Lei n.º 9.249/95, art. 34: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”
- 12 Cf. HC 81.611/DF — Rel. Min. Sepúlveda Pertence — Tribunal Pleno — julgamento em 10/12/2003 — DJU 13/05/2005, p. 00084.
- 13 Lei n.º 8.884/94, com redação dada pela Lei n.º 10.149/2000, art. 35-C: “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.”
- 14 Conforme Oliveira e Grandino Rodas, “acordo de leniência é a transação entre o Estado e o delator, que em troca de informações da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada.” OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 253. Note-se que o “Estado” aqui mencionado se vincula a uma aspecto administrativo do Estado, o qual acaba por preceder a um acordo que gera uma causa de extinção de punibilidade. É, aliás, o que se tem do texto do art. 35-B, da Lei n.º 8.884/94. Assim, ainda que em órbitas diversas, entende-se de uma assessoriedade administrativa quando o Estado-administração acaba por fazer ingerência no Estado-juiz criminal. Daí as palavras de Canton Filho, segundo as quais “o acordo de leniência é o acordo, a transação que o interessado faz com o Estado, na expectativa de um abrandamento de sua eventual punição ou até mesmo da extinção da mesma, oferecendo, em troca, informações que viabilizem o processo relativo à conduta denunciada da qual participou o delator”. CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Causas especiais de extinção da punibilidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005. p. 137.
- 15 Lei n.º 8.884/94, com redação dada pela Lei n.º 10.149/2000, art. 35-B: “A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas ou jurídicas que forem autoras da infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo resulte: I — a identificação dos demais co-autores da infração; II — a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1.º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta como infracionária. § 2.º O acordo de que trata este artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I — a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II — a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III — a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV — a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparando, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 3.º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4.º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I — decretar a extinção da ação punitiva pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II — nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. § 5.º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei. § 6.º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2.º deste

artigo. § 7.º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria. § 8.º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4.º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9.º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.” Patente é, pois, do texto da lei, que o acordo de leniência difere de simples delação premiada pelo fato de que o favor legal, diferentemente, não se dá pela autoridade judiciária, mas, sim, pela administração.

- 16 O Direito Penal moderno contrapõe-se ao Direito Penal clássico, o qual teria um núcleo ideal, ao qual pertencem os princípios liberais da taxatividade e da subsidiaridade, além de se fundar em previsões de tipos de lesão. HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Trad. de Elena Larrauri, revisada por Monika Mainicke. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992. p. 237. Em um sentido crítico ao posicionamento de Frankfurt, cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal — Parte general — Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 60 e ss.
- 17 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 41 e ss. Reale Júnior, ainda que exponha concordância parcial quanto às teses de Hassemer, opõe-se à denominação “Direito de Intervenção”, entendendo que ela pouco designa, “(...) uma vez que intervenção não será a característica desse novo ramo, mesmo porque não há direito repressivo que não realize uma intervenção (...)”. REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *RBCCrim*, 28/125. O próprio Hassemer não é radical na defesa de tal nomenclatura: “(...) tenho sugerido a criação de um novo ramo de direito. Para o efeito, escolhi a designação de direito de intervenção (*Interventionsrecht*), mas podemos designá-lo da forma que mais nos aprouver (...)”. HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. Trad. de Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *RBCCrim*, 22/33, 1998. Ainda que respeitáveis esses argumentos, é de se ver que a nomenclatura proposta pela Escola de Frankfurt visa uma oposição ao Direito Penal, consistindo-se em um direito sancionatório de outra ordem. Por questão de coerência à formulação original, seguir-se-á aqui o postulado inicial do professor de Frankfurt.
- 18 Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 61 e ss.
- 19 A ideia de norma penal em branco liga-se àquelas normas que “(...) estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem à complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas.” TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 42 e ss. Note-se que se está a tratar de uma incriminação por pura quebra de dever, mandamento ou previsão administrativa, perdendo-se, mesmo, o conteúdo pormenorizadamente legalizado. Verdade, no entanto, é que o próprio conceito de norma penal em branco é ambíguo, podendo ser encontradas variadas formas de sua percepção. BACIGALUPO, Silvina. *Ganancias ilícitas y derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. n. 44, p. 32.
- 20 MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Libro de estudio. Parte general. Traducción de la. 6. ed. alemana por el Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: El Foro, [s.d.], t. I, p. 153 e ss. Cf., também, entre outros, SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 37 e ss.
- 21 A própria Corte constitucional alemã concorda com isso, asseverando que “não é vedado pela Constituição ao legislador suprir a descrição do tipo penal de uma lei penal em branco, pela remissão a uma complementação na mesma lei ou em outras leis — também futuras — ou decretos, os quais não precisam ser decretados necessariamente pela mesma instância legislativa.” *BverfG* (3. Kammer des Zweiten Senats), 17.12.1991 (2. BvR 836/85). Em detalhes, comentando sobre a constitucionalidade das leis penais em branco, SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*, p. 131 e ss.
- 22 MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Libro de estudio. Parte general, p. 154.
- 23 Nesse sentido, Zenker Schmidt afirma que “se não quiser incidir, em pleno Estado Democrático, nos mesmos erros do regime anterior, é necessário que o objeto das leis volte a ser as relações necessárias que derivam da

natureza das coisas, e que o legislador assumia efetivamente a função de reger os destinos do Estado, sem descarregar o peso de sua responsabilidade na Administração ou nos juízes. Nas palavras de Eberhard Schmidt, um Estado de Direito que deseje diferenciar-se da tremenda deformação da democracia que nos oferece o bloqueio oriental, tem de estar estribado em leis que, como emanações da justiça, correspondam à antiga exigência de Montesquieu: a observância do princípio da separação dos poderes.” SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 160.

24 MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 58. HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 299 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico*, p. 142 e ss.

25 MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, p. 59.

26 Exemplos a serem tidos, na legislação nacional, podem ser encontrados em profusão na Lei Ambiental (Lei n.º 9.605/1998), em particular no art. 29 (“Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida (...)”); art. 30 (“Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente (...)”); art. 31 (“Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente (...)”); art. 34 (“Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgãos competentes (...)”); art. 39 (“Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente (...)”); art. 44 (“Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais (...)”); art. 51 (“Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente (...)”); art. 52 (“Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente (...)”); art. 55 (“Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida (...)”); art. 56 (“Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos (...)”); art. 56, § 1.º (“Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidas no *caput*, ou os utiliza em desacordo com as normas de segurança (...)”); art. 60 (“Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes (...)”); art. 63 (“Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida (...)”); art. 64 (“Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente (...)”).

27 Muitas das menções freqüentemente percebidas no campo econômico se dão ligadas a um amparo legislativo. Assim se percebe da análise da Lei n.º 7.492/86, em seu art. 7.º (“Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários (...) II — sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados (...) IV — sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida (...)”); art. 22 (“Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País (...). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente (...)”). Também o faz a Lei n.º 8.137/90, entre outros, particularmente em seu art. 6.º, I (“Vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle.”).

28 MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, p. 103. Quanto ao fato de a Justiça penal dever tolerar e respeitar autorizações antijurídicas em vertente acessória administrativa, ver: SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? Trad. de Lourdes Baza. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después*

- 29 Cf. HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 314 e ss.
- 30 Cf. KÜHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, p. 107 e ss.
- 31 MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, p. 157 e ss.
- 32 Nesse sentido, Greco, ao afirmar que “costuma-se dizer que a assessoriedade conceitual e a assessoriedade ao ato administrativo geral não colocam problemas em relação ao princípio da legalidade; estes se apresentariam tão-somente nas hipóteses de *assessoriedade ao ato administrativo individual*, porque aqui se estaria conferindo a um funcionário qualquer o poder de declarar punível determinada conduta. A rigor, parece-me que também a assessoriedade ao ato administrativo geral pode ser problemática, sempre que a norma administrativa a que a norma penal remete não seja lei — mais especificamente, em nosso sistema, em que o Direito Penal é de exclusiva competência da União: lei federal.” GRECO, Luís. Op. cit., p. 163 e ss.
- 33 Por todos, MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, p. 163 e ss. Ainda assim, presentes são entendimentos no sentido de que para se fazer eficaz em Direito Penal, o ato administrativo deve, necessariamente, ser lícito. É o que defendem, entre outros, Winkelbauer, Hübenett, Rademacher.
- 34 Diversas seriam as justificativas para tanto. Porém, de modo geral, e sempre em benefício de uma consideração pró-réu, entende-se como validados penalmente. Exceções de destaque são encontradas nos pensamentos de Schünemann e Frisch. Cf., de modo amplo, GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *RBCCrim*, p. 173 e ss; MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, p. 204 e ss.

II

AS CIÊNCIAS PENAIS

Sumário

11 — Antropologia Criminal. 12 — Psicologia e Psiquiatria criminais. 13 — Sociologia Criminal. 14 — Estatística Criminal. 15 — Política Criminal. 16 — Penologia. 17 — Ciências auxiliares do Direito Penal. 18 — Conceito de Criminologia.

Introdução

Este segundo capítulo das *Instituições de Direito Penal* trata das “ciências penais” e das “ciências auxiliares” ao direito penal. Como mencionado anteriormente, no decorrer das sucessivas reedições da obra, Basileu Garcia praticamente não alterou os capítulos iniciais, de forma que o texto apresenta-se tal como concebido no início da década de 1950. Desse modo, o capítulo deve ser lido como registro histórico de uma época em que a forma de abordar os diferentes saberes sobre o crime e a pena eram muito diferentes dos atuais.

Trata-se de um momento de forte disputa intelectual sobre a nomenclatura, o método e os objetos de uma nova atividade de conhecimento. Com exceção da “política criminal”, todas as demais disciplinas que Basileu Garcia lista entre as “ciências penais” constituem diferentes denominações para o que hoje convencionamos denominar Criminologia. Tendo em vista que o relato do intenso desenvolvimento pelo qual passou essa atividade nas últimas décadas ultrapassa os objetivos deste trabalho, a contribuição deste capítulo debruça-se sobre um ponto específico, de extrema relevância ao debate

penal contemporâneo: “o papel da criminologia clínica no atual modelo de execução penal”, em texto elaborado por Alvino Augusto de Sá. Ademais, apresentamos a seguir as principais referências bibliográficas, nacionais e estrangeiras, que se ocupam dos temas tratados aqui.

11 — Ciências penais são as que se preocupam com a delinquência como fato natural, procurando apontar-lhe as causas, com o emprego do método positivo, de observação e experimentação.

De natureza causal-explicativa, o objeto do seu estudo é o fenômeno da criminalidade, abrangendo a investigação de quanto se refere ao crime, às medidas de defesa social e, de maneira particularmente acentuada, à pessoa do delinquente. Não há como confundi-las com a Ciência do Direito Penal, estudo ordenado e sistemático das normas jurídicas atinentes ao delito, à pena e às medidas de segurança.

Em dado momento histórico, o Direito Penal deixou a esfera de abstração em que se encontrava ao tempo do classicismo, passando para o terreno das verificações objetivas sobre o delito e, fundamentalmente, sobre o seu autor. Dominou o espírito de muitos dos cultores dessa disciplina a necessidade de amplas pesquisas acerca do coeficiente humano que há na ação criminosa. Esse movimento originou-se quando o sábio italiano CESARE LOMBROSO fundou a Antropologia Criminal, destacando-a da Antropologia Geral.

Médico psiquiatra, LOMBROSO considerou o delinquente através das ciências que eram o centro das suas habituais cogitações, aplicando ao exame da criminalidade os mesmos processos utilizados no conhecimento da natureza humana. Inaugurou, assim, no Direito Penal, uma orientação revolucionária, que abriu dilatados horizontes ao campo da prevenção e da repressão.

Como era curial, valeu-se ele da contribuição de precursores,¹ o que não desmerece a sua incontestável originalidade, porquanto anteriormente não se fizera mais que abordar determinados aspectos, por vezes muito superficiais, das questões que o genial criminalista corajosamente enfrentou. Sobremodo o influenciou, todavia, o método experimental, que havia granjeado para as ciências as mais auspiciosas conquistas no século dezenove. Na Psiquiatria, por exemplo, com os vultos de PINEL, MOREL, ESQUIROL, já se relegara a plano secundário a loucura, como entidade, para cuidar-se do insano, como realidade concreta. E na Medicina o tratamento do enfermo sucedera ao da enfermidade. Por que, no setor das ofensas às condições existenciais da sociedade, não se havia de proceder de modo idêntico, aprofundando-se a percepção da individualidade do criminoso?

LOMBROSO julgou apreender, na pessoa do agente do delito, estigmas reveladores da criminalidade, concebendo assim a figura do delinquente nato, cujos

característicos explanou na obra notável que é *L'uomo delinquente*.²

O delinqüente nato seria o indivíduo propenso a praticar delitos em consequência de taras ancestrais. Seria como o tipo do selvagem, do homem primitivo, transportado, por atavismo, a tempos muito distantes daqueles em que deveria ter vivido.

Nessa concepção, o criminoso reproduz, sob o aspecto psicológico, as tendências, os hábitos próprios de uma quadra imensamente distante na História da humanidade, e, sob o aspecto físico, apresenta malformações congênitas, análogas às do homem primitivo.

O ilustre cientista anotou minudentes dados antropológicos, nas observações a que submeteu os criminosos — os vivos, nos cárceres, e os mortos, através de constantes necropsopias. A despeito do seu esforço obsessivo, as suas conclusões se consideram apressadas. O seu ardor, próprio dos fundadores de teorias novas, induziu-o a reputar indicativos de criminalidade os traços da mera degenerescência, que não é privativa dos criminosos.

Não se pode negar, entretanto, a correlação intuitiva de certas manifestações delituais com a personalidade do agente, com os fatores orgânicos e biológicos. E esse fato, a que a tese lombrosiana, com os seus exageros, conferiu realce desmedido, explica a conservação da Antropologia Criminal como indispensável ciência penal, revigorada hoje por novos pontos de vista: por exemplo, o da Endocrinologia, a cuja frente há nomes como o de MARAÑON, na Espanha, e VIDONI, na Itália, assunto que suscitou ao penalista MARIANO RUIZ-FUNES o brilhante trabalho *Endocrinologia y criminalidad*.³ Procura-se elucidar a etiologia dos delitos pela influência dos distúrbios funcionais das glândulas, que se diz condicionarem o temperamento e o caráter dos indivíduos. Sem dúvida, LOMBROSO, se vivesse, teria incorporado mais essa explicação antropológica às diversas que sucessivamente adotou acerca do fenômeno natural da criminalidade, das quais falaremos, com mais vagar, em outro passo deste livro.

Reclamam referência, ainda, a obra de KRETSCHMER, que, embora negando que o delinqüente constitua um tipo biológico, confere aos caracteres somáticos o valor de sintomas da personalidade espiritual; e a de DI TULLIO, que, estudando a chamada constituição delinqüencial, considera o seu portador como um predisposto à criminalidade.

Aliás, DI TULLIO entende que em cada indivíduo reside uma criminalidade latente mais ou menos pronunciada, vale dizer — uma inclinação ao delito, geralmente contida e dominada pelo poder de resistência que possui toda pessoa de moralidade média. O desenvolvimento do ato delituoso provém, na sua opinião, de um estado de desequilíbrio que, em dado momento, se manifesta entre a criminalidade latente e a resistência individual. Esse desequilíbrio é sempre a consequência da acentuação das forças a que chama crimino-incidentes e de um enfraquecimento das forças que denomina crimino-repulsivas.

Para o ilustre diretor do Instituto de Antropologia Criminal da Universidade de Roma,⁴ a Antropologia Criminal deve ser considerada como a disciplina básica da Criminologia, sobre cujo conceito, ele mesmo o reconhece, reina incerteza. Da “constelação criminológica”, a seu ver, fazem parte a Antropologia Criminal, a

Sociologia Criminal e a Política Criminal, mas a primeira de modo preponderante.

Julgando óbvio que o estudo da personalidade do delinqüente deve efetuar-se em conformidade com critérios unitários, correlacionistas, acrescenta que não podem ser fracionados os aspectos morfológicos, funcionais e psicológicos, não cabendo, portanto, falar-se de uma orientação psicológica no exame da personalidade, cujos elementos estáticos e dinâmicos, corporais e espirituais, se apresentam sempre inseparáveis. Daí asseverar que à Antropologia Criminal é que compete empreender as investigações sobre todos os aspectos da individualidade do criminoso, inclusive o psicológico, como coroamento do estudo somático e funcional. Assim, a Psicologia Criminal seria um capítulo da Antropologia Criminal. Mesmo as aplicações da Sociologia Criminal deveriam ser realizadas em função da Antropologia Criminal, a qual esclarece porque a influência do meio, em face de uma particular individualidade, se torna causal do delito, convertendo-se de fator exterior em interior.

Como o demonstra a Genética, ou ciência da hereditariedade, existe um patrimônio que os pais transmitem aos filhos através das células reprodutoras. Nos vinte e quatro cromossomas com que contribui cada um dos genitores, situam-se milhares de fatores hereditários, a que se deu o nome de gens. Esse patrimônio genético representa em última análise, como em nosso meio ensinou o Prof. ALMEIDA JÚNIOR, um conjunto de forças latentes, de potencialidades, as quais se realizarão ou não; e, se realizadas, terão esta ou aquela intensidade, conforme sejam, ou não, favorecidas pelo ambiente. Daí a decisiva importância dos fatores ambientais.

Conquanto a Genética negue a existência da herança direta de tendências especificamente criminais, reconhece que a conduta humana, social ou anti-social, é, como quaisquer outros caracteres, produto da ação conjugada da hereditariedade e do ambiente. Assim, — especialmente depois dos estudos feitos em indivíduos gêmeos — constitui fato comprovado a influência da hereditariedade sobre o comportamento criminal, embora permaneçam obscuros os mecanismos de transmissão genética que conduzem ao crime.⁵

A Antropologia Criminal ressurge em novas criações dos cientistas, nem sempre com bem justificada autonomia para o pretendido desmembramento. Assim, a Biotipologia Criminal é expressão moderna, como recente é a ciência a que NICOLA PENDE deu o nome de Biotipologia. No seu livro *Biotipologia criminal* os nossos patrícios BERARDINELLI e MENDONÇA escrevem: “A Biotipologia ou Biontologia é a ciência da personalidade. Ela estuda as unidades biológicas, os indivíduos nas suas peculiaridades, nos seus característicos próprios, genuínos, independentemente, de alguma sorte, dos outros indivíduos da mesma espécie. Ela analisa as diferenças entre os indivíduos e por isso pode também ser definida como a ciência das diferenças individuais”.⁶

E prosseguem: “Os seus objetivos são antitéticos dos da Antropologia e da Sociologia. Essas duas ciências visam depreender, do conjunto de fatos particulares, leis gerais. À Biotipologia, ao contrário, interessam justamente os fatos particulares. Aquelas generalizam; esta particulariza”.

Na Penitenciária do Estado situada na Capital de São Paulo⁷ existiu durante

muitos anos o Instituto de Biotipologia Criminal, destinado a estudar o sentenciado, consignando a seu respeito informes para a conveniente aplicação do sistema penal. É preciso, na verdade, observar-se cada tipo de recluso ou detento, conhecê-lo na sua variável individualidade, para saber o que é de vantagem, em relação a ele, no tratamento ressocializador, executado através da pena. Mesmo para a concessão do livramento condicional, fornecia úteis esclarecimentos o boletim do Instituto de Biotipologia, que estabelecia conclusões sobre a existência, ou não, de periculosidade, no candidato à obtenção desse favor legal.

Recentemente as atribuições do antigo Instituto de Biotipologia Criminal foram absorvidas por um novo órgão, o Instituto de Classificação e Triagem.

Com variados nomes, organizações similares têm aparecido junto às grandes instituições presidiárias: são os institutos de Antropologia Criminal, de Biologia Criminal ou de Psicologia Criminal, ou os anexos psiquiátricos.⁸ O seu campo de atividade é a individualização administrativa da pena, a boa execução das medidas de segurança, a cura e reeducação do delinqüente.

Como advertiu eminente positivista contemporâneo, GRISPIGNI, a Antropologia Criminal, na fase hodierna, não pretende reconhecer, pela conformação exterior dos indivíduos, as pessoas perigosas, às quais se devam, por isso, aplicar medidas defensivas. E, em prol do criador da escola a que pertenceu, recordou o saudoso mestre que mesmo para LOMBROSO o tipo criminal se depara em um número relativamente pequeno de criminosos; e que tal tipo não é mais que *média* aritmética — precisamente o conjunto dos caracteres anormais que com mais freqüência se encontram entre os delinqüentes notabilizados pela gravidade dos seus atos.

LOMBROSO empregava a designação Antropologia Criminal de preferência a Biologia Criminal, mas como equivalente a esta. Alguns escritores,⁹ contudo, emprestam à Biologia Criminal cunho mais genérico, compreendendo a Antropologia Criminal propriamente dita, circunscrita aos caracteres individuais somáticos, assim como a Psicologia Criminal (caracteres psicológicos) e a Psicopatologia ou Psiquiatria Criminal (caracteres psicopatológicos), estas duas últimas abstraídas, portanto, da Antropologia Criminal.

No que tange às afirmações de Basileu Garcia sobre a relevância da genética para as ciências criminais, cumpre ressaltar que os estudos atuais apontam que cada progenitor contribui com 23 cromossomos para o material genético dos filhos, e não com 24, como se afirmava em sua época.

Em referência à importância da antropologia criminal para a individualização executiva da pena, é importante afirmar que a exigência de exame criminológico para fins de progressão penal foi abolida pela Lei n.º 10.792/2003. A esse respeito, vejam-se os capítulos referentes às penas (XII) e sua aplicação (XIII), além do texto de Alvino Augusto de Sá ao final deste capítulo.

12 — A Psicologia Criminal¹⁰ também fornece subsídios para o estudo da pessoa do delinqüente. Se a Psicologia tem por objeto o conhecimento da alma do homem, a Psicologia Criminal se propõe desvendar o caráter e as tendências do criminoso. O seu aprofundamento moderno não deve deixar no olvido os fecundos subsídios carreados pelos iniciadores LOMBROSO e FERRI igualmente nesse assunto.

BENIGNO DI TULLIO, no trabalho que citamos abaixo na resenha bibliográfica, ressalta que a Psicologia Criminal, embora podendo considerar-se um grande capítulo da Antropologia Criminal, tem métodos próprios, que se desenvolvem consoante os progressos da Psicologia empírica e experimental.

Nela cabem especialidades múltiplas. Assim, alguns criminalistas cogitam da psicologia das multidões criminosas, e a esse respeito é notável a obra de SIGHELE, *La folla criminale*; outros se ocupam da psicologia dos delinqüentes infantis e juvenis. Não se podem traçar ou aplicar normas de defesa social concernentes aos menores sem o conhecimento seguro da psicologia dos imaturos. Nesse setor, deve unir-se o pedagogo ao criminalista.

Estudando a incidência da fenomenologia psíquica na criminalidade; o elemento subjetivo do delito, que decide da culpabilidade; os motivos que dirigem o comportamento anti-social, etc., a Psicologia marca os necessários rumos à avaliação da periculosidade, indagação culminante no Direito Penal do nosso tempo. O material das suas conclusões alargou-se com a Psicanálise,¹¹ que tenta penetrar nos mistérios do inconsciente.

E como a causa dos crimes reside, grande número de vezes, em transtornos mentais, transitórios ou permanentes, as anomalias psíquicas interessam sobretudo à Criminologia, através da Psicopatologia ou Psiquiatria Criminal, que não só é apta a explicar o mecanismo de muitos crimes, como a apontar os meios de contraste ao perigo dos respectivos autores.

13 — Sociologia Criminal: tem esse nome o mais conhecido livro de FERRI. A obra apareceu denominada *Nuovi orizzonti del Diritto e della Procedura Penale*, e a partir de 1891, na terceira edição, recebeu o título definitivo.

Como discípulo e continuador de LOMBROSO, FERRI, desenvolvendo e ampliando as conseqüências do pensamento do seu mestre, estudou o fenômeno delituoso já não tanto pelo aspecto orgânico, mas principalmente pelo prisma social, examinando-o como acontecimento que ocorre na vida do homem em sociedade. Daí a importância que deu aos fatores chamados exógenos na causação dos crimes. LOMBROSO preocupara-se quase exclusivamente com o contingente pessoal, com os fatores endógenos. FERRI foi além e consignou que, sobre a contribuição relacionada às falhas biológicas do delinqüente, preponderam na eclosão do delito os fatores ambientais, contra os quais se deve atuar para evitar os crimes.

Um dos pontos em que com mais clareza se observa a orientação de FERRI, ao desdobrar a teoria lombrosiana, é o referente ao criminoso nato. Ele também afirmava que há homens que nascem criminosos, como outros nascem anômalos mentais, ou enfermiços. Ressaltou, porém, esta particularidade: é possível que o criminoso nato jamais cometa crime. FERRI tinha em vista, ao fazer tal afirmativa, que o criminoso nato é o indivíduo que reúne em si as condições que caracterizam o tipo do delinqüente, com as taras e estigmas próprios do homem primitivo, que o

tornam propenso à delinquência. Mas — dizia — do mesmo modo que o tísico pode não morrer de tuberculose, desde que viva sob condições favoráveis, assim também pode o criminoso nato não cometer crime, dado que o meio não lhe seja propício às manifestações delituosas. Em suma: FERRI contrapunha, aos fatores internos, individuais, do delinqüente, os fatores externos, sociais, que ele considerava importantíssimos.

De tal modo encarava a criminalidade correlacionada ao ambiente, que formulou a lei de saturação criminal: assim como um vaso de água não comporta senão determinada quantidade de uma certa substância, também o meio social não admite senão precisa dose de criminalidade. Melhorando-se o meio, reduz-se a sua capacidade criminógena e consegue-se que, mais rapidamente, atinja o respectivo grau de saturação criminal.¹²

Com a sua teoria dos substitutivos penais — medidas destinadas a afastar ou circunscrever as múltiplas causas dos delitos — FERRI invadiu os mais variados gêneros da atividade humana, à procura de exterminar o germe do crime. Ao influxo das suas idéias, a profilaxia criminal tornou-se uma preocupação dominante. A famosa teoria esquematizava-se nesta sua comparação bosquejada apenas a título de imagem elucidativa: numa rua escura, cometem-se mais crimes que alhures; bastará iluminá-la, e isso se revelará mais econômico que construir prisões.¹³

Cabe-lhe indiscutivelmente o renome de fundador da Sociologia Criminal, a cuja planificação dedicou inextinguível zelo. Por isso mesmo, atribuíu-lhe órbita demasiada, de ciência enciclopédica, fazendo-a abranger a Antropologia, a Psicologia, a Estatística criminais, a Penologia e o próprio Direito Penal, que, no seu sistema, ficaria reduzido à função, inadmissivelmente subalterna, de capítulo da Sociologia Criminal.

Certo é, porém, que FERRI ressaltou: “Minhas conclusões não são a necrologia do Direito Penal”. Essas palavras foram lembradas pelo professor PIERRE BOUZAT em conferência sob o título “Le centenaire d’Enrico Ferri. L’oeuvre du maître. Son actualité”, publicada na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, de Paris, em 1957.

Em verdade, a Sociologia Criminal,¹⁴ na sua expressão apropriada, já por si relevante, é a ciência que cogita do fenômeno social da criminalidade. Ao passo que a Antropologia Criminal e a Psicologia Criminal consideram o fato individual do crime, a Sociologia Criminal estuda o crime como fato social, como ocorrência natural na comunidade dos homens.

14 — A Estatística Criminal¹⁵ tem sido incluída entre as chamadas ciências penais, embora possa considerar-se ramificação da Sociologia Criminal. Os países modernos, que seriamente se ocupam com o delito, organizam as suas estatísticas, na esperança de obter dados que os orientem na adoção de medidas destinadas a atenuar a criminalidade. Pelas estatísticas, é possível observar-se o nexo de causalidade entre determinados fatores e o crime, de maneira a se coíbirem algumas das suas manifestações por meio de providências que refreiem o poder malfazejo de tais fatores.

A Estatística Criminal, cientificamente realizada, acentua a utilização do método positivo nas indagações criminológicas.

Como a possibilidade de experimentação não vai ao ponto de suscitar-se a causa geradora dos delitos, pois não seria ético criá-la artificialmente para verificar o resultado, recorre-se à fecunda fonte de informações que as estatísticas cuidadosas proporcionam, revelando a regularidade e a periodicidade dos fenômenos delituosos e permitindo, por vezes, atinar com certas regras no aparente desencontro, na aparente irregularidade, dos fenômenos observados.

15 — A Política Criminal¹⁶ é conceituada, por muitos autores, como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos de que o Estado, no seu tríplice papel de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Como ciência, a Política Criminal firma princípios e, como arte, aplica-os.

A Política Criminal examina o Direito em vigor, apreciando a sua idoneidade na proteção social contra os criminosos e, em resultado dessa crítica, sugere as reformas necessárias. Tem-se dito que constitui uma ponte entre a teoria jurídico-penal e a realidade. Verificando se a legislação vigente alcança a sua finalidade, trata de aperfeiçoar a defesa jurídico-penal contra a delinquência.

O seu meio específico de ação é, em verdade, a legislação penal. Daí diferenciar-se da Política Social, que cuida das causas de desajustamento coletivo, preconizando, porém, providências dos mais variados tipos, inclusive as legislativas, estas de caráter extra-penal.

A idéia de Política Criminal tem flutuado muito. A que reproduzimos enfeixa o entendimento que melhor a limita nas relações com outras ciências.

16 — A Penologia¹⁷ tem por objeto o estudo das penas e das medidas de segurança, — específicas providências repressivas, aquelas, e preventivas, estas, empregadas contra o crime.

Discute-se se a chamada Ciência Penitenciária será algo equivalente à Penologia. Estabeleça-se a diferenciação: a Penologia estuda as penas em geral, ao passo que a Ciência Penitenciária se ocupa de algumas medidas — as que se aplicam nas organizações penitenciárias. Os castigos corpóreos, por exemplo, que são utilizados em certos países como penas e foram preponderantes no passado, não devem ser objeto de estudo da Ciência Penitenciária, mas da Penologia. As penas infamantes, também, podem ser historicamente estudadas na Penologia, mas não na Ciência Penitenciária. O mesmo ocorre com a pena de morte. De modo que a Ciência Penitenciária é um departamento da Penologia.

Advirta-se, todavia, que tem sido posto em dúvida o merecimento da pomposa designação Ciência Penitenciária, preferindo alguns autores tão-só tolerar as denominações Direito Penitenciário, ou Direito Penal Executivo,¹⁸ para indicar o conjunto de normas reguladoras do cumprimento das penas privativas da liberdade, que são as que mais avultam dentre os meios repressivos da nossa época.

17 — Mencionemos, ademais, as ciências auxiliares do Direito Penal. Nessa referência cabem as disciplinas que, sem serem ciências penais propriamente ditas, coadjuvam a boa aplicação das normas desse ramo do Direito Público.

Por exemplo, a Medicina Legal é auxiliar do Direito Penal e não é ciência penal, mesmo porque também se devota ao Direito Civil, conquanto se ocupe mais com o campo daquele.

A Criminalística, ou Polícia Científica, deve, outrossim, ser incluída entre as

ciências auxiliares do Direito Penal. É um conjunto de conhecimentos oriundos de variadas fontes científicas utilizados na descoberta do crime e do criminoso. Serve, assim, a uma atividade pré-penal, que antecede à execução da lei penal. Apenas para dar uma idéia da multiplicidade dos seus campos de interesse, ela abrange, por exemplo, a Documentoscopia ou Grafotécnica, a Balística, a Toxicologia, a Dactiloscopia, etc.

A época moderna da Criminalística iniciou-se em 1893, com a publicação do primeiro tratado sistemático atinente à matéria, de autoria do magistrado austríaco e professor de Direito Penal HANS GROSS, *Manual do juiz de instrução, como sistema de Criminalística*, logo traduzido para o espanhol e divulgado nos países latinos.

Como ciência auxiliar ainda se inscreve, sem dúvida, a Psicologia Judiciária, ramo da Psicologia aplicada distinto da Psicologia Criminal, que, como vimos, se orienta para o conhecimento psíquico do criminoso. A Psicologia Judiciária tem em alvo a percepção da verdade no desenvolvimento do processo, possibilitando avaliar melhor os testemunhos, as declarações e todas as provas em que intervêm as impressões recolhidas pelo espírito humano.

18 — Um criminólogo contemporâneo, CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, em livro, que já não é novo, sob o título *Criminologia*, assim lhe traçou a órbita: “Hoje, ao cabo de setenta anos, pouco mais ou menos, que conta a Criminologia, na plenitude do seu desenvolvimento, ela é a pedra angular, o cimento, sólido e profundo, do conjunto dos conhecimentos que compõem a enciclopédia das ciências penais”.¹⁹

Não há uniformidade no significado que os autores atribuem ao vocábulo em apreço, que se tem discutido possa designar uma ciência. Assim, por exemplo, o ilustre professor argentino SOLER, no seu tratado,²⁰ dizendo que a Criminologia não corresponde propriamente a uma entidade científica autônoma, considera-a “uma hipótese de trabalho”, porquanto na sua esfera de ação confluem os objetos de ciências diversas. E delinea amplo quadro das “disciplinas criminológicas”, em que inclui o próprio estudo do Direito Penal como disciplina normativa. Nesse quadro, figuram a Antropologia, a Sociologia, a Psicologia e a Psiquiatria criminais, as ciências auxiliares do Direito Penal (do tipo da Medicina Legal) e a Dogmática Penal (Direito Penal, Direito Processual e Teoria Jurídica da Execução Penal).

Entretanto, como pondera ASÚA,²¹ prestigiando, em *La ley y el delito*, o papel da Criminologia, muito poucas seriam as ciências que subsistiriam, se se exigissem, com rigor absoluto, os característicos do método próprio e da delimitação do objeto.

Quer se confira, ou não, à Criminologia o atributo particular de ciência, no sentir quase unânime dos escritores que, atualmente, cuidam do assunto, ela visa o conhecimento do crime como fenômeno individual e social. Estuda-o, bem como ao seu autor, sob os aspectos bio-sociológicos.

Nessas condições, e consoante a mais generalizada opinião, a Criminologia engloba o objeto da Biologia Criminal (compreendidas a Antropologia Criminal propriamente dita, a Psicologia e a Psiquiatria criminais) e a Sociologia Criminal.

A propósito das relações da Criminologia com a Política Criminal — e apenas no intuito de melhor lhes confinar os conceitos — lembramos que, no entender do insigne LISZT, a Política Criminal, veículo da ordem *jurídica* contra a delinquência,

se serve tanto da Criminologia como da Penologia. Para o escritor germânico, a Criminologia, cuja finalidade é o conhecimento das manifestações exteriores e das causas do delito, divide-se em Antropologia Criminal (em largo sentido) e Sociologia Criminal.

Nota-se bom fundamento nessa elevada posição concedida à Política Criminal, quando se raciocina que a Criminologia focaliza o fenômeno do crime de um ponto de vista desinteressado, averiguando-lhe as causas, ao passo que a Política Criminal, tendo em mira a descoberta e a utilização prática dos processos eficazes de combate ao crime, necessita recorrer às conclusões criminológicas, bem como à Penologia, que investiga os resultados obtidos com as sanções penais.

Referências

- ALVAREZ, Marcos César. Bacharéis, criminologistas e juristas — saber jurídico e nova escola penal no Brasil. *Coleção Monografias IBCrim*, São Paulo, n. 25, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. Discursos sediciosos. *Crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, n. 3, p. 57-69, 1997.
- DARMON. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política-criminal*. São Paulo: Manole, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- GIBSON, Mary. *Born to crime*. Cesare Lombroso and the origins of biological criminology. London: Praeger Press, 2002.
- LARRAURI, Elena (1992). *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI, 2000.
- PIRES, Álvaro (1995). La criminologie d'hier et d'aujourd'hui. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de L'Université d'Ottawa, 1998. v. II.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de derecho penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 44, p. 693, 1991.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.
- SUTHERLAND, E. A sociological theory of criminal behavior. *Criminological theories*. Bridging the past to the future, p. 131/134.
- VOLD, George; BERNARD, Thomas; SNIPES, Jeffrey. *Theoretical criminology*. Oxford, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La ingeniería institucional criminal (sobre la necesaria interdisciplinaridad constructiva entre derecho penal y

politologia). In: MESSUTI, A. (Coord.). *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*. Montevideo: FCU, 1998.

- 1 Ver: G. ANTONINI, *I precursori di C. Lombroso*, Turim, 1900.
- 2 O título, por extenso, é L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza ed alle discipline carcerarie.
- 3 Consulte-se M. RUIZ-FUNES, *Endocrinología y criminalidad*, Madri, 1929, e trad. port. de ALFREDO ULSON e E. MENDES, São Paulo, 1934. Acerca da influência da Endocrinologia no campo criminológico: LUIS CATTÁNEO, *Endocrinología y criminalidad*, in *Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, 1939, 3.º vol., pág. 257; GREGORIO MARAÑÓN, *La Endocrinología y la ciencia penal*, em *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, Rio. 1938, 2.ª parte, pág. 218; FRANCESCO DEL GRECO, *Glandole endocrine, personalità e delinquenza — saggio critico*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, vol. 43, parte 1.ª, coluna 23; MARIO CARRARA, *L'Antropologia criminale e l'Endocrinologia*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1936, vol. 42, parte 1.ª, coluna 199 (esse mesmo trabalho foi publicado em folheto, em 1935); NICOLA PENDE, *Trabajos recientes sobre Endocrinología y Psicología criminal*, trad. esp., M. RUIZ-FUNES. Madri, 1932; e, do mesmo autor, *Le applicazioni dell'Endocrinologia allo studio dei criminali*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1923, 3.º vol., parte 1.ª, pág. 145; EUGENIO S. MACHADO, *A Endocrinologia e a sua contribuição à Antropologia criminal*, in *Archivos da Polícia Civil de São Paulo*, 1942, 4.º vol., pág. 445; PEDRO MONCAU JÚNIOR, *Endocrinologia e Criminologia*, em *Archivos da Polícia Civil de São Paulo*, 1941, 2.º vol., pág. 215; GONZALEZ TORRES e ULYSSES PARANHOS, *Endocrinologia e crime*, na *Revista Penal e Penitenciária*, São Paulo, 1940, 1.º vol., pág. 113; CLÓVIS MEIRA, *Endocrinologia e criminalidade*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1954, ns. 1 e 2, pág. 42. Siga-se também a elucidativa resenha de trabalhos sobre a Endocrinologia ministrada por JEAN PINATEL na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1962, pág. 551.
- 4 BENIGNO DI TULLIO, *L'état actuel des études d'Anthropologie criminelle*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1948. Outros trabalhos desse ilustre cultor, da Antropologia: *Trattato di Antropologia criminale*, Roma, 1945; *L'Antropologia criminale nella futura politica criminale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1947, pág. 46; *Errori e pregiudizi in Antropologia criminale — costituzionalismo e psicologia*, in *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1936, e *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, Rio, 1937, pág. 1; *La vecchia e la nuova Antropologia criminale*, em *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, Rio, 1936, pág. 35; *La scuola di Antropologia criminale di Roma*, em *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, Rio, 1956, pág. 60, estudo em que sintetiza a ampla atividade do professor SALVATORE OTTOLENGHI durante os trinta e tantos anos em que ocupou, em Roma, a cátedra de Antropologia criminal; *Manuale di Antropologia e Psicologia criminale — applicata alla pedagogia emendativa, alla polizia e al Diritto Penale e Penitenziario*, Roma, 1931.

Indicações bibliográficas sobre a Antropologia criminal: além dos trabalhos de DI TULLIO, ver RINALDO PELLEGRINI, *Lezioni di Antropologia criminale generale*, Pádua, 1949; AGOSTINO GEMELLI, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, Milão, 1946; DOMENICO MARGUGLIO, *Dissensi e consensi in Antropologia criminale*, em *La Scuola Positiva*, Roma, 1943, parte 1.ª, pág. 97; FRANCESCO DEL GRECO, *La nuova Antropologia criminale del professore A. Mendes Corrêa*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1936, vol. 42, parte 1.ª, coluna, 216; KARL BIRNBAUM, *I punti cardinali dell'Antropologia criminale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1934, vol. 40, parte 1.ª, coluna 31. Veja-se, de A. A. MENDES CORREA, além do livro *A nova Antropologia criminal*, publicado na cidade de Porto em 1931, o artigo *A nova e a velha Antropologia criminal*, nos *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, Rio, 1936, pág. 395. Consultem-se ainda: LEONÍDIO RIBEIRO, *As modernas legislações penais e a contribuição da Antropologia criminal*, em *Anais da 1.ª Conferência Pan-Americana de Criminologia*, 2.º vol., Rio, 1948; ROBERTO LYRA, *A antropologia patológica e o crime*, na *Revista Forense*, Rio, 1958, vol. 176, pág. 22. Ver, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1955, vários estudos sobre as relações entre personalidade e delito.

5 Cfr.: A. ALMEIDA JÚNIOR, *Hereditariedade e crime*, na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1947, vol. 42, pág. 97, e *As provas genéticas da filiação*, São Paulo, 1941, pág. 135.

O tema é versado também por DIRCEU DE MELLO, *Herança e crime*, na *Justitia*, São Paulo, 1976, vol. 94, pág. 145.

6 W. BERARDINELLI e JOÃO I. DE MENDONÇA, *Biotipologia criminal*, Rio, 1933. O primeiro desses autores publicou mais tarde o *Tratado de Biotipologia e Patologia constitucional*, dedicando um dos capítulos à Biotipologia criminal, à qual tem como “a última orientação da Antropologia criminal” (Rio, 1942, pág. 593). Consultem-se ainda: CARLOS M. RAGGI AGEO, *Biotipologia y defensa social*, na *Revista del Colegio de Abogados de la Habana*, 1940, pág. 268; NICOLA PENDE, *I fattori biotipologici della criminalità*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1935, pág. 866, e em *La Scuola Positiva*, Milão, 1935, parte 1.^a, pág. 314; QUINTILIANO SALDAÑA, *Biotipología criminal — última fórmula de la Antropología criminal*, na *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1934, pág. 274, e em *La Giustizia Penale*, Roma, 1934, vol. 40, parte 1.^a, coluna 326.

PENDE levou sugestiva contribuição ao 2.º Congresso Internacional de Criminologia, realizado em Paris, em 1950, em que alude ao “humanismo biológico” — apiedada atitude de compreensão, orientada pela ciência, a inspirar os homens incumbidos de julgar os crimes (*La biotypologie et la clinique de la personne humaine au service de la Criminologie*, no 2.º vol. das atas, pág. 195).

7 Cfr. JOÃO CARLOS DA SILVA TELES, *As observações do Instituto de Biotipologia Criminal e seu valor no prognóstico criminológico*, in *Estudos Penitenciários*, São Paulo, 1943, pág. 151.

Disserta a respeito desse Instituto JACQUES BERNARD HERZOG, *La classification des délinquants au Brésil*, trecho da obra *Premier cours international de Criminologie*, Paris, 1952. HERZOG, que nos visitou e já é falecido, foi observador simpatizante das coisas do Brasil.

8 Ver, de LOUIS VERVAECK, o eminente cientista que remodelou as prisões belgas, inaugurando o sistema de anexos antropológicos, *Le crime et la peine — les nouvelles tendances du régime pénal et pénitenciaire en Belgique*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, vol. 41, parte 1.^a, coluna 294. Entre outros trabalhos do mesmo autor: *L'étude de la personnalité du délinquant*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Louvain, 1939, vol. 19, pág. 22; *Les nouveaux domaines d'investigation criminologique*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1938, vol. 44, parte 1.^a, coluna 329; *Les nouveaux horizons de l'Anthropologie criminelle*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1937, pág. 619; *Le applicazioni pratiche della Antropologia criminale — le riforme penitenziarie nel Belgio*, trad. ital. de GUGLIELMO GORI, Turim, 1925.

A reforma penitenciária belga é minudentemente estudada por LÉON RABINOWICZ, *La lutte moderne contre le crime*, Bruxelas, 1930.

Consultem-se ainda: HENRY GAILLY, *L'avenir de l'Anthropologie pénitentiaire*, em *L'Eclou*, Lovain, 1938, pág. 233; ISRAEL CASTELLANOS, *Los laboratorios de Antropologia penitenciaria*, em *Criminalia*, México, 1937, setembro, pág. 36. Leia-se também o trabalho de M. RUIZ-FUNES, *La Antropología penitenciaria*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1944, vol. 36, pág. 1.094.

9 Cfr. GUGLIELMO SABATINI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Roma, 1935, 1.º vol., pág. 19.

10 Alguns estudos sobre Psicologia criminal: ENRICO ALTAVILLA, *Il delinquente — trattato di Psicologia Criminale*, Nápoles, 1949; BENIGNO DI TULLIO, *Psicologia criminale*, em *Dizionario di Criminologia*, Milão, 1943, 2.º vol., pág. 784; PIETRO MIRTO, *La psicogenesi del delitto*, em *La Giustizia Penale*, Roma, vol. 44, parte 1.^a, coluna 480; OLOF KINBERG, *La profilaxis del crimen*, em *Archivos de Medicina Legal*, Buenos Aires, 1938, pág. I; AGOSTINO GEMELLI, *Il compito dello psicologo nello studio del delinquente*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1936, pág. 415; *Le applicazioni della Psicologia differenziale allo studio della delinquenza*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1935, pág. 501, além do livro, citado em nota anterior, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, Milão, 1946; SANTI DE SANCTIS, *Pregiudiziali e pregiudizi nel campo della Psicologia della delinquenza*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1934, parte 1.^a, pág. 25, e *Psicologia sperimentale*, Roma, 1930; PAUL POLLITZ, *Psicologia del delinquente*, trad. esp. de VALENTIN GUERRA, Barcelona, 1933, e trad. port. de NEVES MANTA, Rio, 1934; G. BORIANI, *Rendiconto del corso di Psicologia giudiziaria tenuto nell'anno 1928*, in *La Scuola Positiva*, Milão, 1928, parte 1.^a, pág. 313; M. HERRERA FIGUEROA, *Psicología y Criminología*, Tucuman, 1956.

11 A matéria tem suscitado inextinguível torrente de livros e artigos, dos quais citaremos estes: FRANZ ALEXANDRE e WILLIAM HEALAY, *Las raíces del crimen*, trad. esp. de SIMÓN WENCELBLAT, Buenos

- Aires, 1946; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Psicoanálisis criminal*, Buenos Aires, 1942; JOSÉ BELBEY, *Psicoanálisis y delito*, em *Archivos de Medicina Legal*, Buenos Aires, 1941, pág. 187; ETTORRE PATINI, *La Psicanalisi, come dottrina e come metodo, rispetto alla Criminologia, al Diritto Penale e al Diritto Penitenziario*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1939, parte 1.^a, coluna 422; CH. FONTAINE-VINCENT, *La conception psychanalytique de la criminalité*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Louvain, 1939, vol. 19, pág. 874; JOSÉ DÁVILA, *Psicoanálisis y Derecho Penal*, em *Criminalia*, México, novembro, 1938, pág. 191; VAZQUEZ ZAMORA e MANUEL HIDALGO, *Psicanálise espera que o Direito Penal se transforme*, na *Revista Forense*, Rio, 1937, trad. de VÍCTOR NUNES LEAL, vol. 72, pág. 246; JUAN ANDUEZA, *El psicoanálisis en Criminología*, em *Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, 1937, 2.^o vol., pág. 195; ALFREDO SANDULLI, *Psicanalisi e Criminologia*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, parte 1.^a, coluna 87; J. PORTO CARREIRO, *Conceito psicanalítico da pena*, in *Revista Brasileira de Criminologia e Medicina Legal*, Rio, 1934, n.º 1, pág. 62; THEON SPANUDIS, *Delinquência e psicanálise*, São Paulo, 1954.
- 12 Textualmente: “Assim como em um dado volume de água, a uma temperatura especial, se dissolve determinada quantidade de uma substância química, nem um átomo mais, nem menos, de igual maneira em um meio social determinado, com condições individuais e físicas certas, se comete um número de delitos, nem um mais, nem menos” (FERRI, *Sociologia Criminale*, pág. 269 da 3.^a edição; e pág. 250, 1.^o vol., da edição espanhola).
- 13 Aliás, generalizando a observação, o nosso PEDRO LESSA reconheceu que a iluminação pública das cidades se tornou “um dos antídotos mais eficazes do crime”. Cfr. *O determinismo psíquico e a imputabilidade e responsabilidade criminais*, São Paulo, 1903, pág. 131.
- 14 Entre os trabalhos acerca da Sociologia Criminal, consultem-se: JOSÉ BELBEY, *La Sociedad y el delito*, Buenos Aires, 1947; ALFREDO J. MOLINARIO, *La Sociología criminal; su posición dentro de la Enciclopedia criminológica*, na *Revista de Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, nov.-dez., 1946, pág. 377; GIOVANNI LOMBARDI, *Sociologia criminale*, Nápoles, 1944; e, do mesmo autor, *Antropologia e Sociologia nella ricerca delle cause della delinquenza*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1937, e *Dottrina sociologica del reato*, Nápoles, 1937, 2.^a edição; PEDRO FOIX, *Problemas sociales de Derecho Penal*, México, 1942; ARTHUR EVANS WOOD, *Crime and its treatment*, Nova York, 1941; V. SCIALOJA, *La Sociologia criminale*, e M. D'AMELIO, *La quinta edizione della Sociologia criminale*, na coletânea *Enrico Ferri maestro della scienza criminologica*, Milão, 1941, págs. 33 e 39; GIULIO ANDREA BELLONI, *Antropologia e Sociologia criminale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1938, parte 1.^a, coluna 755; ARTURO SANTORO, *La Sociologia criminale nel pensiero di Enrico Ferri*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1929, parte 1.^a, pág. 289; F. GRISPIGNI, *Introduzione alla Sociologia criminale*, Turim, 1928; G. TARDE, *La criminalité comparée*, Paris, 1924 (8.^a ed.), e trad. port. de LUDY VELOSO, S. Paulo, 1957; J. MAXWELL, *Le crime et la société*, Paris, 1920; RAOUL DE LA GRASSERIE, *Des principes sociologiques de la criminalité*, Paris, 1901; LOUIS PROAL, *Le crime et la peine*, Paris, 1899; N. COLAJANNI, *Sociologia Criminale*, Catânia, 1889; ALESSANDRO GROPPALI, *La sociologia ed il concetto sociologico del reato nel pensiero di Filippo Grispigni*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1956, pág. 115; PAULO EGYDIO, *Estudos de Sociologia Criminal*, S. Paulo, 1900 (a 2.^a ed. em 1941); PINTO FERREIRA, *Sociologia Criminal*, in *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, Recife, 1955, n.º 5, pág. 25, e n.º 6, pág. 117. Ver, também, os estudos de JACQUES LEAUTÉ, GEORGES LEVASSEUR e JEAN PINATEL na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1957, pág. 285 e segs.
- 15 V.: ISIDORO DE BENEDETTI, *Quételet y la Estadística criminal*, em *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1946, pág. 60; NICO GUNZBURG, *Adolphe Quételet — um precursor belga da Criminologia*, no *Mensário do Jornal do Comércio*, Rio, 1941, vol. 15, pág. 319; ALFREDO NICEFORO, *Adolfo Quételet e la Sociologia generale e criminale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1925, pág. 145; e, do mesmo autor, *Per l'insegnamento universitario della Statistica e della Criminologia*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1924, parte 1.^a, pág. 462; E. SCHÄFER, *Direttive per l'elaborazione delle statistiche criminali*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1936, pág. 1.099; ROBERTO LYRA, *O método estatístico e as causas econômicas da criminalidade*, em *Ciência do Direito*, 1934, 3.^o vol., pág. 19.
- 16 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política criminal*, em *El criminalista*, 7.^o vol., Buenos Aires, 1947, pág. 47. Veja-se, sobre a matéria, a extensa bibliografia que esse autor cita no 1.^o vol. do seu tratado, pág. 138. Cons., ainda, EMÍLIO LANGLE, *La teoría de la Política criminal*, Madri, 1927.
- 17 Sobre a Penologia, consulte-se o livro de EUGENIO CUELLO CALÓN, *Penologia — las penas y las medidas de seguridad — su ejecución*, Madri, 1920 (na edição de 1958, *La moderna Penología*). No capítulo

referente à execução das penas privativas da liberdade, serão ministradas outras indicações bibliográficas.

- 18 *Diritto Penale esecutivo* é o título dado pelo professor G. F. FALCHI à sua obra em três volumes, em que estuda o Direito Penitenciário.
- 19 Algumas referências bibliográficas sobre a Criminologia: FRANZ EXNER, *Criminologia*, Milão, 1953, 1.^a edição italiana, correspondente à 3.^a ampliada da obra sobre Biologia Criminal (em alemão, atualmente, *Kriminologie*); ENRICO ALTAVILLA, *La dinamica del delitto*, Nápoles, 1952, em dois volumes; STEPHAN HURWITZ, *Criminology*, Londres-Copenhague, 1952; ALFREDO NICEFORO, *Criminologia — la donna, biopsicologia, delinquenza, prostituzione — le varie età della vita umana*, Milão, 1952; *Criminologia, l'uomo delinquente — la "facies" interna*, Milão, 1951; e, do mesmo autor, *Criminologia — vecchie e nuove dottrine*, Milão, 1949; *Criminologia, l'uomo delinquente — la "facies" esterna*, Milão, 1949; *Ambiente e delinquenza*, Milão, 1943, e *O que é a Criminologia*, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1939, vol. 26, pág. 99; LAIGNEL-LA-VASTINE e STANCIU, *Précis de Criminologie*, Paris, 1950; MARIANO RUIZ-FUNES, *Criminologia de guerra*, trad. port. de HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, São Paulo, 1950; do mesmo autor, *Criminología y Antropología criminal — contenido y metodo de una y otra*, na *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1949, pág. 9, e *El examen criminológico*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1943, vol. 32, pág. 989; EDMUNDO MEZGER, *Criminología*, trad. esp. de JOSÉ ARTURO RODRIGUEZ MUÑOZ, Madri, 1950 (nova ed.); EDWIN H. SUTHERLAND, *Principles of criminology*, Chicago, 1939, e trad. port. de ASDRÚBAL MENDES GONÇALVES, S. Paulo, 1949; VERNON C. BRANHAM e SAMUEL B. KUTASH, *Encyclopedia of criminology*, Nova York, 1949; DONALD R. TAFT, *Criminology*, Nova York, 1949; CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *Criminología*, México, 1948; HANS VON HENTIG, *Criminologia — causas y condiciones del delito*, trad. esp. por DIEGO ABAD DE SANTILLÁN, Buenos Aires, 1948; CARLOS FONTÁN BALESTRA e MANUEL ALBERTO BAYALA, *Ámbito de la investigación criminológica*, em *Anais da 1.^a Conferência Pan-Americana de Criminologia*, 2.^o vol., Rio, 1948; e, do primeiro autor citado, *Criminología y educación*, Buenos Aires, 1943; SILVIO RANIERI, *Il Diritto Penale e le altre scienze giuridiche e criminologiche*, na *Scuola Positiva*, Milão, 1947, 2.^a parte, pág. 362; AGOSTINO GEMELLI, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, Milão, 1946; FRANCESCO LANDOGNA-CASSONE, *Antropologia differenziale, biotipologia e criminologia*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1953, pág. 537; PIETRO NUVOLONE, *Diritto Penale e Criminologia*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1945, pág. 325; do citado EXNER; *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, trad. esp. de JUAN DEL ROSAL, Barcelona, 1946; ETIENNE DE GREFF, *Introduction à la Criminologie*, Bruxelas, 1946, e em *L'Ecrou*, Louvain, 1937, pág. 176; ARIÓS-TO LICURZI, *Problemas de inmigración y de Criminología*, Córdoba, 1945; MANUEL LÓPEZ — REY ARROJO, *Introducción al estudio de la Criminología*, Buenos Aires, 1945; RICARDO ELIAS APARICIO, *Criminologia*, Lima, 1945, 2.^a ed.; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo sesgo de la Criminología*, na coletânea *Problemas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1944, pág. 137; W. A. BONGER, *Introducción a la Criminología*, trad. esp. de ANTONIO PEÑA, México, 1943; EUGENIO FLORIAN, ALFREDO NICEFORO e NICOLA PENDE, *Dizionario di Criminologia*, Milão, 1943; SHELTON GLUECK, *Causas que promueven el crimen*, em *Archivos de Medicina Legal*, Buenos Aires, 1942, pág. 347, e, do mesmo autor, *Crime and Justice*, Boston, 1936; JULIO MORALES COELLO, *Criminología*, Havana, 1942; WALTER C. RECKLESS, *Criminal behavior*, Nova York, 1940; NATHANIEL F. CANTOR, *Crime and society*, Nova York, 1939; G. BATTAGLINI, E. MEZGER, F. SANTORO e L. VERVAECK, *Lo studio della personalità del delinquente*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1938, pág. 997; RICARDO A. OXAMENDI, *Criminologia*, Havana, 1938; PELAYO CASANOVA Y PARETS, *Antropología jurídica*, Havana, 1937; OLOF KINBERG, *Basic problems of Criminology*, Copenhagen, 1935, e *Quelques aspects criminologiques récents*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1957, pág. 791; J. INGENIEROS, *Criminologia*, trad. port. de HAECKEL DE LEMOS, Rio, 1934; SEBASTIÁN SOLER, *Presupuestos metódicos de los estudios criminalísticos*, na *Revista de Criminologia, Psiquiatria y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1934, pág. 587; MAURICE PARMELE, *Criminologia*, trad. esp. de JÚLIO CÉSAR CERDEIRAS, Madri, 1925; R. GAROFALO, *Criminologia, estudo sobre o delito e a repressão penal*, trad. port. de JÚLIO DE MATOS, Lisboa, 1925, 4.^a ed.; JEAN PINATEL, *Criminologie et Droit Pénal*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1953, pág. 595; B. PETROCELLI, *Diritto Penale e Criminologia*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1957, pág. 685; ROBERTO LYRA, *Criminologia*, no repertório enciclopédico do Direito brasileiro, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, 14.^o vol., pág. 35; H. VEIGA DE CARVALHO, *Manual de Introdução ao estudo da Criminologia*, São Paulo, 1953, e *Compêndio de Criminologia*, São Paulo, 1973; JOSÉ

FREDERICO MARQUES, *Da Criminologia*, na revista *Investigações*, São Paulo, 1952, n.º 42, pág. 25, e na *Revista Forense*, Rio, 1953, vol. 149, pág. 483; ANTÔNIO DE QUEIROZ FILHO, *O Direito Penal e a Criminologia*, em *Justitia*, São Paulo, 1952, vol. X, pág. 1; FLAMÍNIO FÁVERO, *Novos rumos da Criminologia*, na *Revista Forense*, Rio, 1939, vol. 26, pág. 99; AFRÂNIO PEIXOTO, *Criminologia*, São Paulo, 1936, 3.ª edição; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Direito Penal e Criminologia*, na *Revista Forense*, Rio, 1954, vol. 153, pág. 49, e em *Investigações*, São Paulo, 1954, n.º 52, pág. 31; A. ALMEIDA JÚNIOR, *Novos rumos da Criminologia*, in *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, setembro de 1956, pág. 3; JOHANNES DIETRICH HEHT, *A criminologia de Mezger*, na *Revista da Faculdade de Direito*, S. Paulo, 1958, vol. 53, pág. 294.

Foram publicadas, sob a rubrica geral *Biologia — Antropologia* (o 2.º vol.), as atas do II Congresso Internacional de Criminologia, de Paris, setembro de 1950. Ver, também, *Delitto e personalità — quaranta conferenze dei più eminenti criminologi italiani e stranieri*, Milão, 1955.

Esta nova edição dá-nos ensejo para lembrar o artigo do saudoso NÉLSON HUNGRIA, *Direito Penal e Criminologia*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1963, n.º 1, pág. 5, e duas produções de autores brasileiros: VIRGÍLIO LUIZ DONNICI, *A Criminologia na administração da Justiça Criminal*, Rio, 1976, a 2.ª edição; e GILBERTO DE MACEDO, *Criminologia*, São Paulo, 1977, a 2.ª edição.

20 SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 1940, 1.º vol., pág. 23 (pág. 33 na edição de 1970).

21 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, — *Curso de dogmática penal*, Caracas, 1945, pág. 25. Veja-se, também, o desenvolvido capítulo que o autor dedica ao conceito e conteúdo da Criminologia, no seu tratado.

Apreciação muito realista e penetrante das limitações da Criminologia na prática da vida judiciária encontra-se em escrito de JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *Considerações sobre o pensamento da escola positiva*, na revista *Ciência Penal*, São Paulo, 1974, n.º 3, pág. 369.

O papel da criminologia clínica no atual modelo de execução penal

Alvino Augusto de Sá

Contribuir com um breve texto de atualização para a reedição da obra de Basileu Garcia *Instituições de Direito Penal*, atualização esta referente ao Capítulo II, o qual trata, em suma, da Criminologia — esta foi a solicitação que recebi da Equipe do Projeto Basileu Garcia, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Tarefa nada fácil, dada a grande envergadura da obra, dado o profundo conhecimento que o citado autor demonstra sobre a literatura que trata do assunto. A partir da profundidade da obra de Basileu é de se supor com quão grande profundidade ele próprio faria essa atualização! No entanto, o presente texto não tem, e jamais poderia ter, a pretensão de manter o nível de profundidade da obra do grande mestre Basileu Garcia, mas simplesmente, se tanto, tentar trazer para os dias de hoje, à luz de uma abordagem crítica da Criminologia Clínica, as reflexões em torno da execução da pena, do estudo do apenado e de suas condições de retorno ao convívio social.

Logo no início do Capítulo II, Basileu Garcia, buscando definir o lugar das Ciências Penais frente ao Direito Penal, refere-se à passagem do Direito Penal da esfera da abstração para o “terreno das verificações objetivas sobre o delito e, fundamentalmente, sobre seu autor”. Criou-se, diz ele, a necessidade de “amplas pesquisas acerca do coeficiente humano que há na ação criminosa”. Tem-se aí claramente a passagem do Direito Penal do ato para um Direito Penal do autor, ao qual se vincula a Criminologia então conhecida em sede de execução penal. Uma Criminologia que Basileu inclui no âmbito da Antropologia Criminal, da Biologia Criminal, e que engloba a Biotipologia Criminal, a Psicologia Criminal, a Psiquiatria e a Psicopatologia. Afirma-se a correlação direta entre conduta criminosa e características orgânicas, psicológicas, traços primitivos e arcaicos da personalidade, e até mesmo traços hereditários. Basileu refere-se ao Instituto de Biotipologia Criminal, cujos profissionais realizavam a avaliação da periculosidade do apenado para fins de concessão de livramento condicional. Trata-se, pois, de um modelo positivista, estritamente médico-psicológico de Criminologia Clínica, dentro do qual, aliás, o autor do presente texto de atualização teve oportunidade de trabalhar no sistema penitenciário paulista, inclusive como psicólogo do já citado instituto.

O pensamento criminológico, no entanto, no contexto geral das ciências criminológicas, evoluiu à revelia dessa visão reducionista que a Criminologia Clínica tinha do crime e do delinquente e à revelia das práticas penitenciárias que se desenvolviam a partir dessa visão. Basileu Garcia chega a referir-se à Sociologia Criminal de Ferri e deixa claro o reconhecimento do peso dos fatores ambientais. Ocorre que, com a influência das teorias sociológicas do crime, a mudança que se deu no pensamento criminológico não foi somente no sentido de “também” reconhecer o peso dos fatores ambientais, mantendo-se como foco de análise o indivíduo e a personalidade do criminoso, mas de deslocar o foco de atenção do indivíduo para o complexo de fatores que constituem o tecido social e do qual, evidentemente, o indivíduo também faz parte (SHECAIRA, 2004; DIAS e ANDRADE, 1997; PABLOS DE MOLINA e GOMES, 1997). O agente criminoso deixa de ser “o” agente, unicamente responsável por sua conduta criminosa. A Criminologia Clínica, em suas práticas penitenciárias, sofreu uma benéfica influência desse deslocamento de foco. Os protagonistas da chamada “ressocialização” (termo criticado pela Criminologia Crítica, como se verá adiante) não mais se restringem aos técnicos (psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais), mas passam a ser todos os profissionais penitenciários, incluídos, e de forma especial, os de segurança e disciplina. Aliás, a Lei de Execução Penal, já em 1984, previa a criação das Comissões Técnicas de Classificação (CTC), compostas por outros profissionais, além dos técnicos, e presidida pelo diretor da unidade prisional. E previa, em seu art. 6.º, como função das CTC, a elaboração dos programas individualizadores de execução de pena, função essa ainda em vigor, após a reforma da LEP, ocorrida em 2004. No sistema penitenciário do Estado de São Paulo, já começou, a partir do início deste milênio, um movimento de conscientização (acompanhado de algumas ações concretas) dos agentes de segurança penitenciária sobre a importância de seu papel no trabalho da chamada “ressocialização” dos encarcerados. Poderíamos dizer então que a Criminologia Clínica, no atual modelo de execução de pena, teria o papel de, sob a liderança do corpo técnico, envolver todo o pessoal penitenciário, incluídos aí de forma especial os profissionais de segurança, no trabalho de humanização do cárcere, de “recondução” do homem encarcerado a um convívio social mais harmonioso e construtivo. Trata-se da superação da hegemonia do poder médico-psicológico, par a par com a superação da hegemonia do poder do pessoal de segurança, dois poderes que tinham o cárcere sob seu comando técnico-ideológico até

da década de 1980, no Estado de São Paulo. Não se pode ter a pretensão de dizer que a Criminologia Clínica já se apossou desse papel de forma tranqüila, unânime e sem tropeços. Estamos muito longe disso. Mas é esse o seu papel que começa a ser desenhado em sede de execução de pena.

Entretanto, mal começa ele a ser desenhado e outros passos já devem ser dados no sentido de uma redefinição de conceitos, formas de abordagem e de rumos de ação. Sim, porque, por influência das teorias sociológicas, não compreendidas ainda as teorias críticas, continua em vigor um pensamento positivista do crime, na linha de uma explicação etiológica do mesmo. A preocupação continua sendo a de buscar os motivos do crime e, ainda que pelo ponto de vista psicossocial, reconhecendo a multivariada de fatores presentes no tecido social, a preocupação é saber por que o indivíduo tornou-se um delinqüente nesse meio e a que estratégias se deve recorrer para conscientizá-lo da necessidade de readequar sua conduta às normas. Portanto, o foco da atenção ainda se volta para o crime e para a superação ou correção da conduta criminosa, ou seja, para a “ressocialização”, que, em suma, quer dizer readequação da conduta de acordo com as normas sociais. O encarcerado é aqui um “objeto” de atenção, é alguém a ser orientado, a ser assistido, a ser conscientizado, ainda que dentro de um enfoque multiprofissional e não mais estritamente médico-psicológico, “terapêutico”.

Ocorre que a Criminologia Crítica veio colocar em xeque, e com forte poder de argumentação, esse enfoque reducionista (e alienante) sobre a conduta criminosa e seus motivos (SHECAIRA, 2004; DIAS e ANDRADE, 1997; PABLOS DE MOLINA e GOMES, 1997). Para a Criminologia Crítica, o que importa não é mais perquirir “por que certas pessoas cometem crimes”, e sim questionar e discutir os critérios de seletividade do Direito Penal e do sistema punitivo em geral: critérios de seletividade relativamente às condutas valoradas pelo Direito Penal para defini-las como crime e para agravar suas penas (primeira seletividade) e critérios de seletividade relativamente às pessoas que o sistema punitivo escolhe para processar, condenar e encarcerar (segunda seletividade). A Criminologia volta, pois, sua crítica para os próprios fundamentos e princípios norteadores do Direito Penal e do Sistema de Justiça em geral.

Diante desses questionamentos da Criminologia Crítica, a Criminologia Clínica corre o perigo de praticamente perder o seu “objeto” de estudo e de atenção, uma vez que o foco não é mais o comportamento criminoso, visto como tal, e nem o delinqüente, como delinqüente. Aliás, por força desse foco de atenção que tem predominado em suas práticas, ela ainda é considerada uma criminologia marcadamente positivista, mantendo com a crítica uma relação antinômica (CASTRO, 1983). Diante desse impasse, Zaffaroni (1998) propõe que o papel da Criminologia Clínica seja o de compreensão do estado de vulnerabilidade do indivíduo condenado, a que antecede a intervenção penal e o colocou em posição favorável para ser selecionado pelo sistema punitivo e que se segue à intervenção penal, como consequência desta. Chega mesmo a sugerir a substituição do nome “Criminologia Clínica”, dado o ranço histórico de poder que ele carrega, pelo nome “Clínica da Vulnerabilidade”.

Esse estado de vulnerabilidade, por sua vez, resulta do processo de marginalização, tanto econômica quanto social e cultural. A marginalização acarreta para o indivíduo uma vulnerabilidade, inclusive psíquica, o que o torna presa fácil perante o sistema punitivo. O próprio Freud (1927) reconhece que, enquanto a minoria opressora se fortalece perante as leis, já que consegue elaborá-las interiormente, a maioria oprimida vê-se sujeita unicamente à repressão, pelo que se empobrece psiquicamente e se enfraquece perante essas mesmas leis. Baratta (1990) fala de uma marginalização

primária, que colocou o indivíduo em uma posição de risco para ser selecionado pelo sistema punitivo, e de uma marginalização secundária, que é resultado do processo de encarceramento (ver também SÁ, 1998). No processo de marginalização, implanta-se e acirra-se um profundo antagonismo entre os excluídos e os excludentes. Aliás, esse antagonismo está patente hoje em dia no ambiente carcerário e se escancara, entre outras formas, por intermédio das facções criminosas. Daí que o crime pode ser concebido como expressão de toda uma história de conflitos (SÁ, 2001).

Nesse contexto do sistema carcerário e do referencial teórico da Criminologia Crítica, o papel da Criminologia Clínica, para se adequar ao modelo atual de execução penal, deve sofrer, portanto, um outro ajuste profundo, que implica o abandono de vez do paradigma etiológico no que refere à explicação ou compreensão da conduta criminosa, embora sem abrir mão do ajuste anteriormente citado referente ao abandono do modelo estritamente médico-psicológico em favor de uma atuação abrangente, multiprofissional. A Criminologia Clínica, em sede de execução de pena, deve agora centrar seu foco de atenção, análise e compreensão no processo de marginalização e exclusão social do encarcerado, do qual decorrem o estado de vulnerabilidade e o desenvolvimento de relações de antagonismo entre ele e a sociedade. Em termos de objetivos práticos a serem atingidos em prol do encarcerado, não mais visará à chamada ressocialização do encarcerado, entendida como readequação de sua conduta às normas sociais, mas visará desenvolver a reintegração social, termo proposto por Baratta (1990) e entendido por esse autor como um processo de reencontro cárcere-sociedade, preso-sociedade, de retomada do diálogo, que permita ao preso se sentir pessoa e cidadão, parte integrante da sociedade, e permita à sociedade reencontrar no cárcere os seus próprios conflitos. A Criminologia Clínica procurará, em vez de “corrigir” possíveis desvios de conduta do preso, criar estratégias para que ele desenvolva uma consciência sadia de seus valores, de sua cidadania, e se sinta mais forte e mais confiante em si mesmo (ZAFFARONI, 1998). Se no modelo de ressocialização o preso era passivo, “objeto” de uma ação assistencial, agora ele deve ser convertido em protagonista das ações empreendidas e que visam à reintegração social. Uma reintegração social que não é “dele”, isto é, que subentenda ser ele que deve se reintegrar (pelo que se retomaria a idéia da ressocialização), mas de uma reintegração social que se processe entre ele e a sociedade, que implique ações e mudanças compartilhadas por ambos os segmentos.

Para finalizar, há de se reconhecer que sociedade é um ente abstrato. Concretamente, como se processaria então essa tal reintegração? Devem ser desenvolvidos projetos que contenham estratégias de intercâmbio entre presos, profissionais penitenciários de diferentes áreas (sempre incluindo os agentes penitenciários) e, na medida do possível, segmentos da comunidade. Intercâmbio no qual as partes envolvidas desenvolvam entre si relações simétricas, e não de poder, nas quais cada um participe como verdadeiro protagonista, tenha a sua “fala” e seja compreendido a partir dela. O autor do presente texto coordenou durante mais de dois anos, a partir de 2003, um programa de discussão e supervisão de projetos dessa natureza, programa do qual resultou a publicação de um Manual de Projetos de Reintegração Social. Tais projetos, por volta de 60, foram selecionados entre mais de 150 projetos analisados. Não podem em absoluto ser considerados como modelos de atuação da Criminologia Clínica, mas significam um primeiro passo concreto no sentido de se tentar adequar, dentro dos limites impostos pelo cárcere, as ações da Criminologia Clínica aos atuais questionamentos da Criminologia Crítica e ao atual modelo de execução penal. Nem seria um primeiro passo, mas, sim, o esboço de um primeiro passo, pois o caminho é muito difícil, muito longo e muitíssimo complexo. No entanto, se Basileu Garcia tivesse

sobrevivido para fazer ele próprio a atualização deste capítulo, e, mais do que a atualização dele, para vivenciar a necessidade do ajuste da Criminologia Clínica aos atuais questionamentos da Criminologia Crítica, ele, ao lado de outros grandes penalistas atuais, seria um dos pilares a dar suporte a tal ajuste, de forma que o caminho para a implantação de processos de reintegração social seria menos difícil e, sobretudo, menos tortuoso.

Referências

- ANIYAR DE CASTRO, L. *Criminologia da reação social*. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BARATTA, A. Por un concepto critico de reintegración social del condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia critica*. Belém: CEJUP, 1990. Forum internacional de criminologia crítica.
- DIAS, J. F.; ANDRADE, M. da C. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997. 2. reimp.
- FREUD, S. O futuro de uma ilusão. In: FREUD, S. *Obras completas de Sigmund Freud*. 3. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1945. t. III.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, L. F. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 — Leis dos Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1997.
- SÁ, Alvino A. Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 21, p. 117-123, jan./mar. 1998.
- SÁ, Alvino A. Concepção de crime como expressão de uma história de conflitos: implicações na reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade. *Revista da ESMESC* (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina), ano 7, v. 11, p. 169-178, 2001.
- SHECAIRA, S. Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.
- ZAFFARONI, E. Raul. *Criminología: aproximación desde un margen*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S. A., 1998.

¹ Doutor em Psicologia pela USP e Professor de Criminologia da Faculdade de Direito da USP.

III

FASE PRÉ-CLÁSSICA DA ELABORAÇÃO PENAL

Sumário

19 — BECCARIA e o tratado *dos delitos e das penas*: lineamentos históricos, análise. 20 — O direito de punir. 21 — Conhecimento das leis. 22 — A prisão, o sistema probatório e a tortura. 23 — Humanização e pena de morte. 24 — Banimento, confisco, penas infamantes, fidelidade aos textos repressivos. 25 — Critérios para a reconstrução penal. 26 — Síntese.

Introdução

Este terceiro capítulo das *Instituições* cuida exclusivamente da famosa obra do Marquês de Beccaria, *Dos delitos e das penas*. O “pequeno grande livro”, como às vezes é chamado, continua sendo um marco de referência na história do pensamento penal moderno. No entanto, como todo clássico lido por sucessivas gerações, há hoje outras interpretações de Beccaria, além da exposta neste capítulo.

A interpretação de Basileu Garcia para a obra de Beccaria é sem dúvida a mais difundida; permanece sendo uma leitura de referência. Pela sua visão, o livro do Marquês foi um divisor de águas que separou as práticas bárbaras dos castigos do Antigo Regime da punição comedida e proporcional do Direito Penal pós-iluminista. É uma leitura que se pode chamar de retrospectiva: enxerga a obra de Beccaria tendo como referência as práticas penais que ela ajudou a combater.

Outras leituras contemporâneas preferem enxergá-la de maneira que se pode dizer

prospectiva: enfocam as práticas penais que *Dos delitos e das penas* ajudou a construir. Por essa outra visão, a obra de Beccaria exerce papel central na formação da “racionalidade penal moderna”, fortemente presente na cultura jurídica ocidental. Essa leitura é proposta por Álvaro Pires no livro *Histoire des savoirs sur le crime e la peine*. Uma síntese dessas idéias é exposta no final deste capítulo.

19 — O particular exame da obra de CESARE BONESANA, marquês de BECCARIA, dada a sua característica de fonte da renovação penal operada a partir de fins do século XVIII, justifica-se mesmo num curso de âmbito restrito. Ao fazê-lo, rememoraremos, objetivamente, a história do período pré-clássico da elaboração penal e dos seus antecedentes próximos, sem a desvantagem das alusões abstratas, que pouco sugerem.

Não se suponha, no entanto, que tal estudo apenas se revista de interesse histórico. Apesar das transformações ulteriores do Direito Penal, domina ainda hoje, nessa disciplina, a inspiração do célebre tratado *Dos delitos e das penas*. Muitas questões da doutrina contemporânea continuam a receber um raio de luz do pensamento de BECCARIA.

Escrito em 1764, em Milão, o “grande pequeno livro” foi, como disse FAUSTIN HÉLIE,¹ o primeiro grito da consciência pública para a reforma do Direito Penal, que se encontrava em profundo atraso, assinalando-se pela crueldade das sanções, que eram requintadamente desumanas. O famoso panfleto constituiu, todo ele, uma generosa invocação em prol da justiça, o que explica a sua repercussão e o seu êxito. Era algo inédito e emocionante que um marquês de vinte e sete anos, poderoso e feliz, se preocupasse com a sorte dos desgraçados que sofriam as cruezas de uma legislação retrógrada, servida por métodos punitivos verdadeiramente bárbaros.

Sem dúvida, já se fizera sentir a influência do Cristianismo, vinculando as idéias de arrependimento e conversão à de expiação, e recomendando o aprisionamento celular e individual, como meio de isolar o culpado e induzi-lo à reflexão salvadora. Apesar, porém, da sua ressalva quanto a impor diretamente a pena de morte,² os tribunais eclesiásticos, cuja jurisdição não se cingia aos delitos religiosos, mas abarcava também infrações consideradas contra a ordem social, não haviam deixado uma tradição de brandura.

Por outro lado, os Práticos dos séculos XV e XVI, tendo construído a sua sutilíssima doutrina penal com os textos romanos, sob a deliberação do recrudescimento dos castigos, haviam levado ao extremo, no Direito repressivo, a obsessão da vingança pública. Entre eles, notabilizaram-se HIPPOLYTE DE MARSIGLY, JULIUS CLARUS, FARINACIUS, CARPZOV e SCHWARZENBERG, a quem principalmente se deve a Constituição Carolina, de Carlos V, aparecida em 1532.

A análise que BECCARIA empreende é penetrante, ao condenar as disparidades entre as classes sociais, a inexistência de garantias para o acusado, os preconceitos do processo penal então vigente, no qual a tortura representava sólida instituição, que não devia sequer ser discutida.

Ao traçar diretrizes para a remodelação, o jovem publicista revelava precoce amadurecimento intelectual e um coração sensível, enchendo de entusiasmo os que conheceram o seu trabalho. Se nem sempre, nos argumentos que expendia, se observava originalidade — pois era marcante, no seu espírito, a influência dos escritores do tempo — soube apresentá-los com uma veemência e uma coragem próprias de autêntico apóstolo.

Os excessos a que conduziam as doutrinas da expiação e da intimidação haviam encontrado, antes, os protestos dos filósofos e enciclopedistas do seu século, VOLTAIRE, MONTESQUIEU, DIDEROT, D’ALEMBERT, HELVETIUS, D’HOLBACH e outros, avultando o nome de JEAN-JACQUES ROUSSEAU. Mas, sob a influência de BECCARIA, a Ciência do Direito Penal tomou grande impulso, no mundo todo. Os novos postulados suscitaram modificações das leis na Áustria e na Rússia, onde imperava Catarina, a Grande. Na Toscana, a pena de morte foi abolida.

Apesar da calorosa refutação que lhe opuseram alguns Práticos, como MUYART DE VOUGLANS e JOUSSE, o tratado *Dos delitos e das penas* orientou, seguramente, a reforma da legislação, sobre as bases da justiça e da humanidade.³

Desencadeada a Revolução Francesa, a Assembléia Constituinte aplicou à matéria penal os princípios da *Declaração dos direitos do homem*, de 26 de agosto de 1789, firmando-se como regras a igualdade e a personalidade das penas; a abolição não só dos processos contra defuntos como do confisco geral de bens; a legalidade dos delitos e das penas, estas e aqueles obrigatoriamente definidos pela lei. Por extremada ilação, as penas foram cominadas em quantidades fixas, imutáveis, tornando-se mister conceder, posteriormente, maior flexibilidade ao sistema.

O Código francês de 1791 suprimiu as penas consideradas cruéis ou excessivas, diminuiu extraordinariamente os casos de pena de morte, declarando que consistiria na simples privação da vida, sem suplício. Reafluiu em 1810 a tendência ao rigorismo, ao refazer-se o estatuto repressivo, mas os preceitos legais tornaram a abrandar-se com a revisão realizada em 1832.

Em poucos anos, o escrito de BECCARIA teve dezenas de edições e foi traduzido para muitos idiomas. Combatido e aplaudido, assinalou o início de nova era no Direito Penal.⁴

Consoante agudamente apreciou o professor suíço JEAN GRAVEN, embora nem sempre as idéias do glorioso precursor hajam nascido no seu cérebro e apesar de que outros por vezes as tenham defendido com mais lógica, ele pode ser considerado como o ordenador e o arauto do Direito Penal moderno: teve a fortuna de produzir, na ocasião em que era preciso, o livro que fazia falta e que plantou um marco da História da Civilização.⁵

20 — Estudando a origem das penas e os fundamentos do direito de punir, BECCARIA apoia-se na teoria do contrato social, cuja inspiração lhe advém de ROUSSEAU. Os homens, devendo viver em sociedade, condição da sua existência, perceberam ser essencial que cada um cedesse uma pequena parcela da sua

liberdade, para a preservação da segurança e tranquilidade gerais, sob a égide da soberania da nação, que se constituiria com a soma das concessões parciais de liberdade.

E passa o escritor a deduzir as conseqüências da teoria. Uma delas é que as penas a serem impostas aos indivíduos que infrinjam as leis da sociedade devem ser proporcionais àquela parcela mínima de liberdade cedida. Porque, cedendo-a, o homem não se privou de todos os direitos que possuía, mas se despojou de uma quantidade diminuta.

Só as leis podem prefixar penas para os indivíduos. O legislador, ao criá-las, representa a sociedade unida por um contrato social. É necessário estabelecer-se diferenciação absoluta entre as funções do legislador e as do juiz. Baseado em MONTESQUIEU, que já falara na separação dos poderes, BECCARIA mostra que, ante a presumida afirmação do autor da lei, de que o acusado a violou, e a negativa deste ao defender-se, indispensável se torna a interferência de outro representante da sociedade, o magistrado, para decidir a controvérsia, sendo inadmissível que o próprio legislador a possa dirimir.

21 — Parecia-lhe abominável a interpretação das leis. Fossem tão claros os dispositivos, que dispensassem o trabalho perigoso do hermeneuta. Receava que o magistrado, a pretexto de alcançar significados misteriosos, modificasse a lei a seu talante, agindo, assim, em desacordo com o princípio do contrato social, fonte das garantias na vida em sociedade.

Quando alguém pratica determinado ato que vai ser julgado — raciocina BECCARIA — o acontecimento pode-se reduzir a um silogismo, cujas proposições são as seguintes: em primeiro lugar, a lei; em segundo, o fato, conforme ou contrário à lei; em terceiro, a absolvição ou condenação do imputado, inocente ou não, quando seja o fato consentâneo ou não à lei.

O trabalho interpretativo é perturbador, porque pode incluir outra proposição: a opinião do juiz. Ter-se-iam, então: a lei, a interpretação do magistrado, o fato, contrário ou conforme à lei; e, em quarto lugar, a condenação ou absolvição. Já não haveria um rigoroso silogismo.

Nada mais inconveniente, diz BECCARIA, do que “consultar-se o espírito da lei”, expressão muito em voga. Comenta-a: “O espírito da lei seria, pois, o resultado da lógica, boa ou má, de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa; da fraqueza do acusado; da violência das paixões do magistrado; das suas relações com o ofendido — enfim, de todas as pequenas causas que mudam as aparências e transformam as coisas, no espírito inconstante do homem”.

Aliás, MONTESQUIEU já havia dito que não há cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata dos seus bens, sua honra ou sua vida.⁶

Ocupa-se BECCARIA com a obscuridade das leis, querendo-as suficientemente claras para que todos pudessem moldar os seus atos pelas normas promulgadas. Eram geralmente escritas em latim, e a exegese dos juristas mais lhes anuviava a compreensão. A respeito, encontra-se na obra esta exortação convicta: “Ponde o texto sagrado das leis na mão do povo, e tantos mais homens a lerem, tantos menos crimes haverá; pois não se pode duvidar de que, no espírito daquele que premedita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponha um freio à eloqüência das

suas paixões”. Lembra, então, a influência da imprensa, cujos benefícios já eram notórios no século XVIII.

22 — Os magistrados tinham grande poder para prender os indivíduos. Bastava simples suspeita para que se desse o que hoje se chamaria a prisão preventiva.

BECCARIA bate-se pela organização de um sistema de indícios e presunções capazes de justificar a prisão prévia.⁷ Por exemplo: a confissão do culpado, a certeza do seu ódio à vítima, o clamor público, a fuga, as declarações de cúmplices.

E, falando da necessidade da instituição de preceitos garantidores, ele se refere aos presídios do seu tempo, como sendo o horroroso recolhimento do desespero e da fome.

Quanto aos indícios dos delitos e forma dos julgamentos, firma bases para apreciação das provas. O assunto, dir-se-ia, não cabe exatamente num tratado de Direito Penal. As questões sobre a aferição dos elementos probatórios são estudadas fora desse ramo da ciência jurídica. Existem obras de psicologia judiciária, de lógica judiciária, que as focalizam. Como, entretanto, BECCARIA pugnava contra o excessivo poder dos magistrados, era imprescindível que incluísse tais normas no seu trabalho, visto como, através dos abusos no considerar os dados indicativos da responsabilidade, se pronunciava o despotismo.

Havia o sistema das provas legais, que provinha das ordenanças de Carlos V e Francisco I. Dava-se a determinados elementos de prova um valor que em realidade não possuíam.

Dissecando-o, para ressaltar-lhe a insensatez, o ardoroso publicista é dos primeiros a lançar o princípio, hoje vitorioso, da livre convicção do julgador. Cumpre que o espírito do juiz criminal esteja liberto de apriorismos que jugulem o seu pensamento. A certeza, de que necessita, poderia ser prejudicada pelo formalismo de regras inflexíveis.

A propósito do sistema probatório então vigente, é interessante mencionar certo princípio que dará idéia da procedência dessas ponderações. Os juízes aplicavam-no constantemente, e tinha o prestígio de uma frase em latim: *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*. Nos delitos mais atrozes — geralmente, os menos demonstráveis — as mais ligeiras circunstâncias bastam, e o magistrado pode colocar-se acima das leis. Quando o julgador se defrontava com um delito hediondo, em que a prova era difícil, facultava-se-lhe superpor-se às determinações legais correntes. Era possível condenar mediante uma prova duvidosa, que se baseasse em indícios levíssimos, em virtude mesmo da gravidade do crime.

BECCARIA torna-se candente ao apostrofar de imbecilidade tão absurdo preconceito.

Tal orientação derivava de que, nos delitos nefandos, a prova é mais fugidia, porque o delinqüente procede com especial cautela. O fato ocorre longe da vista de testemunhas. Não devia, entretanto, por isso o magistrado desistir de apurar seguramente a imputação.

Acerca dos crimes, não se pode imaginar um sistema probatório sem a prova testemunhal. Realmente, apesar das falhas que apresenta o testemunho humano, constitui às vezes a única maneira de dar a conhecer a verdade. Que é a História

senão uma resultante do testemunho, com todas as suas falhas e deturpações?

No sistema de provas do Direito antigo, havia algumas restrições descabidas a respeito da prova testemunhal. O condenado, por exemplo, que tivesse assistido a um crime, não podia depor. E os sofistas procuravam justificar a restrição com metáforas: o condenado é um morto civil; quem morre não pode falar, nem tem direitos.

Mas, muitas vezes, torna-se necessário o depoimento do sentenciado. BECCARIA quer, então, que qualquer pessoa possa depor, dando-se, ao depoimento, maior ou menor valor, de acordo com a sua natural credibilidade.

É um ponto hoje incontestável. Todos podem depor no processo criminal, e ao juiz cabe apreciar o valor dos elementos probatórios. Até a criança pode esclarecer a Justiça. Podem esclarecê-la as pessoas de má fama, os interessados na pendência, embora os seus depoimentos valham menos, conforme o caso.

A propósito das testemunhas, BECCARIA aduz advertências que revelam senso psicológico. Não se devem admitir acusações de crueldade sem motivo. O coração humano é incapaz de um sentimento inútil. O homem só é cruel por interesse, ódio ou medo.

Ocupa-se o escritor com as acusações secretas, fato que hoje só se concebe através da História. Eram a pedra angular da estrutura judiciária. BECCARIA pondera que concorriam para tornar falsos os homens, e escreve: “Se eu tivesse de ditar leis em qualquer recanto isolado do Universo, minha mão, trêmula, se recusaria a autorizar as acusações secretas: acreditaria ver a posteridade a verberar-me pelos males horríveis que elas acarretam”.

A Justiça, na dificuldade de coligar provas, visava obter, de qualquer modo, a confissão do acusado, solução cômoda para os seus problemas. Um dos meios utilizados para consegui-la era o juramento, que se lhe impunha, de dizer a verdade. Mostrava-se anti-natural esse costume ao colocar o acusado em angustiosa alternativa: ou o perjúrio ou a própria morte, como pena comum, cuja execução assumia as mais brutais modalidades. Para subtrair-se às penas legais, deveria o acusado aceitar as penas eternas.

Capítulo dentre os de maior notoriedade do livro é o referente à tortura: “Da questão ou tortura”. Questão era o interrogatório mediante tormento.

Empregava-se, na época, largamente, a tortura, para conseguir a confissão do suposto delinqüente, para a descoberta dos cúmplices e de outros crimes que pudessem ter sido praticados pelo acusado, e para a apuração de novas circunstâncias.

O vigoroso reivindicador anatematiza essa prática processual. Parecem, na atualidade, de tal forma evidentes os seus argumentos, que quase se diria serem supérfluos. Mas o instituto estava tão arraigado, que era preciso que alguém o examinasse a fundo, para vulnerá-lo.

BECCARIA não foi, sem dúvida, o primeiro a profligar a tortura. Já um século antes se conhecia o opúsculo de um escritor (AUGUSTIN NICOLAS, de Borgonha), que também a havia combatido, indagando, desde o título da obra, se os tormentos constituíam um meio de investigar a realidade.

Se BECCARIA não se revela, pois, original nesse assunto, é categórico e

persuasivo nos argumentos que expõe. Começa estabelecendo um dilema, o que, aliás, é muito freqüente na sua maneira de raciocinar: ou o acusado é culpado, ou inocente. Se é culpado, para que torturá-lo? Deve sofrer a pena legal, pelo crime. Se é inocente, como se pode conceber que seja punido previamente por meio da tortura? Esta, em consequência, nunca se justifica. Constitui um meio de se obter a declaração da própria culpabilidade, contrária à natureza, de uma pessoa fisicamente fraca, embora inocente, e a peremptória afirmação de inocência de um criminoso robusto, capaz de resistir aos martírios.

E deixa escritas palavras incisivas: “Direi, ainda, que é monstruoso e absurdo exigir-se que um homem seja, ele próprio, seu acusador; procurar-se fazer nascer a verdade dos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e fibras do desventurado. A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz: homens, resiste à dor. A natureza vos deu um invencível amor pelo vosso ser e um direito inalienável de vos defenderdes; mas eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contrário; quero inspirar-vos um ódio heróico por vós mesmos; ordeno-vos que vos torneis os vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade no meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilacerarão os músculos”.

E, a propósito, lembra que as torturas eram como que uma reminiscência dos antigos juízos de Deus. O que não quer dizer que, no pensamento do escritor, tivessem essa origem. Na pesquisa da sua gênese entende-se, geralmente, que nasceram como expediente para constranger o escravo a dizer a verdade. O servo era havido como ser ínfimo e abjeto. Dos seus lábios infames, imaginava-se, jamais poderia nascer a verdade espontaneamente. De modo que era muito comum, nos processos, torturar os escravos, quer do acusado, quer do acusador, porque só assim se supunha obter-lhes um relato fiel.

Cumprir ver em que consistiam os chamados julgamentos de Deus.⁸ Os homens, na dificuldade em que se enleavam no apurar os fatos capazes de determinar as penas, apelavam para a eventualidade das forças sobrenaturais. A verdade seria trazida pela revelação divina. Com processos supersticiosos, imaginavam colher o pronunciamento da divindade. Assim, na mais remota antigüidade, o indivíduo acusado de crime era largado à correnteza de um rio, tendo um dos pés amarrado a uma das mãos. Se submergisse, deduzia-se-lhe a culpa. Deveria flutuar para que fosse proclamada a sua inocência. Às vezes, era o acusado conduzido a submeter-se ao suplício do fogo — a colocar o braço ou a mão sobre a chama, ou na água fervente, a ver se suportava esses horrores.

Até o próprio duelo tem a sua história relacionada com esses juízos de Deus, pois o vencedor era declarado inocente.

BECCARIA põe a ridículo a presunção dos que acreditavam forçar a manifestação divina sobre tão míseros negócios humanos.

23 — Em páginas brilhantes, prega a moderação das penas. Elas visam alcançar a pessoa do delinqüente e, num campo mais amplo, toda a sociedade: impedir que o autor do crime continue a delinqüir, e desviar de semelhante conjuntura os seus concidadãos. Para atingir a dupla finalidade colimada, precisam revestir-se de certa severidade, mas sem exorbitância, inajustável ao contrato social. A ferocidade das sanções é tirânica. Não foi para serem oprimidos que os homens cederam parcelas

mínimas da sua liberdade.

MONTESQUIEU também advogara a suavização dos castigos, professando que, se se examinar a causa dos abusos e crimes, se concluirá que se relacionam muito mais à impunidade dos delitos, do que à moderação das penas. É uma sentença verdadeira. Não se pode negar que muito maior ascendência deve exercer a adoção de penas certas, mesmo não excessivamente rigorosas, do que a de penas excessivamente rigorosas e incertas, improváveis. É preferível ter o delinqüente, efetivo ou virtual, a certeza de que será punido com brandura, do que não ter certeza da punição férrea, aleatoriamente prometida.

Nessa ordem de idéias, o tratado estuda o magno e cruciante problema da pena de morte,⁹ à qual, até então, ninguém negara legitimidade. Aliás, SANTO TOMÁS DE AQUINO, com o seu renome de grande filósofo e figura provecta da Igreja Católica, patrocinara a referida pena, entendendo que, assim como ao médico era lícito amputar o membro infeccionado para salvar o corpo humano ameaçado, se devia permitir que o príncipe exterminasse o elemento nocivo ao organismo social.

BECCARIA, porém, viveu em quadra bem distante da de SANTO TOMÁS DE AQUINO, quando os espíritos se empenhavam na humanização, de cunho individualista, que levou à Revolução Francesa. Se outrora, na falta de outros meios de combate ao crime, tinha que ser mais difundido o uso do maior dos castigos, com o desenvolvimento do Direito Penal já se foi tornando possível aos legisladores recorrer a medidas punitivas que substituíssem os processos bárbaros da antigüidade.

O jovem panfletista investe contra a pena máxima, partindo, outra vez, da teoria do contrato social. ROUSSEAU, entretanto, com apoio no mesmo princípio, chegara a ponto oposto.

Assim raciocina BECCARIA: o homem, cedendo uma parcela mínima da sua liberdade, para tornar possível a vida em coletividade, não se privou de todos os seus direitos; não poderia conferir a outrem o direito de matá-lo. Portanto, a pena de morte é desautorada pelo contrato social.

E, agora, ROUSSEAU: a violação da lei penal, praticada pelo delinqüente, infringe o contrato social. Violando-a, o delinqüente torna-se inimigo da sociedade. Tem esta o direito de guerrear os seus inimigos. Ataca, pois, o delinqüente, aniquilando-o.

FILANGIERI, intervindo no debate filosófico, admite que, de acordo com a tese contratualista, o homem não poderia ter conferido a outrem o direito de matá-lo. Isto é, o homem não pode renunciar à vida; mas não poderá perder o direito à vida? E a essa pergunta dá resposta afirmativa. Na hipótese de uma agressão injusta, observa, o agressor perde o direito à vida. Pode-se admitir que o Estado se sub-rogue no direito do agredido, a repelir a agressão, e, então, representando o ofendido pelo crime, tenha a faculdade de matar o criminoso.

BECCARIA não se circunscreve aos aspectos filosóficos do tema. Supre-se de todos os argumentos possíveis, inclusive os de ordem sentimental, para pleitear a abolição da pena capital.¹⁰

Põe em relevo uma substancial inconseqüência a ela inerente, porque não é justo que o homicídio, que nos ensinam ser um crime hediondo, que não se deve

sequer pensar em cometer, possa ser praticado friamente, sem remorso, pelo próprio Estado. Encerra ilogismos o chamado homicídio legal.

E aponta segunda contradição. Para que essa pena exerça o seu influxo intimidativo, é necessário que esteja aos olhos do povo. É essencial, pois, que as execuções sejam reiteradas. Para que a pena capital seja aplicada com frequência, também os crimes devem ser frequentes. Portanto, é condição da sua pretendida eficácia a existência dos atos maléficos que visa coibir...

Ao expor essas reflexões, manifesta que a sua intenção é ganhar a causa da humanidade.

O espetáculo de uma execução poderá intimidar os homens propensos ao crime, mas não deverá essa intimidação ser considerada superior à resultante de uma pena de prisão duradoura. Dizendo-o, o reformador preconiza a prisão perpétua como substitutiva da pena capital. O espírito do homem é mais fortemente influenciado por impressões constantes, repetidas, do que por uma impressão passageira, embora violenta. O terror despertado pela pena de morte é logo esquecido, ao passo que a situação permanente de uma pessoa que, por motivo do seu crime, seja conservada presa e entregue a rudes trabalhos, proporciona um exemplo mais sugestivo à sociedade.

É possível que se veja incongruência no seu pensamento quando propõe a substituição, sustentando que a pena de prisão perpétua, com trabalhos, apresenta maior efeito intimidativo do que a pena de morte. BECCARIA parece, então, entender que a pena de prisão perpétua é de maior rigor que a pena capital. Realmente, ele tem como provável que o delinqüente mais tema a privação eterna da sua liberdade do que a privação da vida. Nos grandes criminosos é comum a indiferença pela vida. Os que somente cuidam de aventuras e de crimes não contam muito com a existência. O próprio suicídio é comum entre os degenerados.

Assim, a pena de morte será considerada por muitos criminosos como menos temível que a perda da liberdade. Não poucos haverá que, se pudessem escolher, prefeririam a pena capital à de prisão perpétua, por achar que esta importaria maior sacrifício.

Mas, se BECCARIA pugna pela moderação das penas e teima em que o legislador só deve perfilhar as penalidades necessárias, como então se opõe à pena que, em muitas ocasiões, poderá ser preferida pelo delinqüente? Lê-se, a propósito, o seguinte trecho no seu livro: “Dir-se-á que a escravidão perpétua é também uma pena tão rigorosa e, por conseguinte, tão cruel quanto a morte. Responderei que, reunindo num ponto todos os momentos infelizes da vida de um escravo, a sua vida seria talvez mais horrível que os suplícios mais atrozes; mas esses momentos ficam espalhados por todo o curso da vida, ao passo que a pena de morte exerce todas as suas forças num só instante”.

Acresce que o escritor se coloca num ponto de vista objetivo: no consenso geral, a pena de morte é tida como a mais aflictiva, mesmo porque a de prisão não tira a esperança do delinqüente de poder um dia libertar-se.

Um dos argumentos que não se deve esquecer é o da irreparabilidade do suplício extremo. As penas devem ser reparáveis, devem comportar a possibilidade de serem corrigidos os erros judiciários. Seria tola veleidade imaginar-se que, através

de cautelas processuais, se possa expurgar sempre o veredicto condenatório dessa terrível contingência. Quanto mais graves os delitos, tanto mais difícil, por vezes, se torna a colheita das provas. Porque são cometidos com a preocupação de evitar o delinquente a comprovação da sua atitude. Obscuros os fatos, necessita o aplicador da lei desdobrar-se em cuidados. Então é que, especialmente, há a temer o erro. Ora, a pena de morte se aplica, justamente nas infrações mais execráveis, que muito perturbam a serenidade, pela revolta que causam na sociedade.

Ao comentar a crítica de BECCARIA à pena de morte, BASILEU GARCIA afirma que o Estado nos ensina tratar-se o homicídio de um “crime hediondo”. É importante que se tenha em mente que o autor usa “hediondo” aqui não como termo técnico-jurídico (crimes assim definidos pela Lei n.º 8.072/90), mas tão-somente como adjetivo, sinônimo de “odioso” ou “detestável”. Quando da publicação da última edição destas *Instituições de Direito Penal*, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não conhecia a figura dos crimes hediondos, criada apenas com a Constituição de 1988. Apenas como registro, fica consignado ainda que nem todos os homicídios são hediondos — no sentido técnico-jurídico, evidentemente; somente os qualificados o são (Código Penal, art. 121, § 2.º, incs. I a V).

24 — BECCARIA tolera o banimento, pelo qual o delinquente é afastado do lugar onde vivia e remetido para outras terras. Mas acha que o confisco é um atentado contra o princípio da personalidade da pena. Quando há o confisco dos bens do autor do crime, sofre também a sua família, reduzida assim à miséria. A campanha que empreendeu contra essa pena contribuiu para que fosse afastada das modernas legislações criminais.

Com igual critério, fala das penas infamantes, hoje também proscritas. Mostra não haver fundamento para acrescentar-se, por disposição de lei, a infâmia à pena do crime. Por vezes, a infâmia não decorre do acontecimento que o legislador considera como crime — e a opinião pública, no seu espontâneo e sensato julgamento, não cobre de ignomínia a pessoa do acusado. E, ao revés, outros atos, considerados não infamantes pela lei, podem ser depreciativamente reputados no entendimento geral. Deve-se deixar à opinião coletiva o instintivo impulso de aquilatar o grau de moralidade de determinados atos. Não é tarefa para a lei penal.

Matéria que suscita as advertências do criminalista é a da prontidão das penas, as quais devem ser aplicadas sem demora. Tal celeridade teria o efeito de robustecer, no ânimo do povo, a noção de que contra o crime há sempre uma reação, como conseqüência inevitável. A associação de idéias é que sustém todo o edifício do entendimento humano e, por isso, as de crime e castigo devem estar sempre conjugadas. A rapidez imposta às sanções penais torna possível essa íntima correlação.

Sob a síntese — “O castigo deve ser inevitável”, desenvolve o mesmo

pensamento. As suas considerações antecipam a resposta à increpação, que lhe foi articulada, de ter concorrido para o afrouxamento da repressão penal. De forma alguma a sua teoria contribuiu para isso. Pelo contrário, BECCARIA, alvitando que as penas sejam moderadas, as mínimas possíveis, quer também que sejam aplicadas firmemente. Declara que as leis penais devem ser humanas, benevolentes tanto quanto possível; mas o juiz, esse deve ser inexorável. Coerente com o que disse sobre a interpretação, entende que o juiz deve aplicar a lei tal qual ela é, tal qual está escrita. Ao legislador é que cabe ser suave.

A propósito, combate o indulto, o perdão dos crimes pelo poder público. Para ele, o direito de graça é uma contradição tácita às leis existentes.

E é no mesmo rumo ideológico que, a seguir, se volta para o problema do asilo, instituído da mais recuada antiguidade e ainda existente no Direito Penal. Em certas condições, o autor do crime, para evitar a punição, recorre ao amparo material de sítios invioláveis. Outrora, os lugares santos eram considerados asilos. Compreendem-se como asilos, hoje, as embaixadas e as legações. BECCARIA insurge-se contra o direito de asilo, porque quer que a autoridade das leis siga o homem como a sombra segue o seu corpo. E recomenda também a extradição, mostrando que jamais deve um país, que recolheu criminoso provindo de outro, negar-se a entregá-lo.

25 — Estudo dos mais interessantes é o que delineia em torno da proporcionalidade entre as penas e os delitos. O objeto das leis penais não é tão-somente assegurar punição aos abusos. Ocorre outra finalidade: a de conseguir-se que os crimes graves sejam em menor número. Observa que, se dois atos, que ferem desigualmente a sociedade, recebem o mesmo castigo, não há motivo para o malfeitor preferir o menos grave.

Há a consolidar-se um nexos quantitativo entre a pena e o delito, opondo-se obstáculos cada vez maiores aos delitos mais graves. Seja o legislador penal um hábil arquiteto, para estabelecer a seriação dos fatos e a das penas. E o escritor propõe as bases desse trabalho. Os extremos da escala dos crimes são estes: de um lado, os atos tendentes à destruição da própria sociedade; do outro, os que constituem ligeiras ofensas aos interesses dos particulares. E qual o critério capaz de ministrar ao legislador a medida das penas?

Com esse assunto se preocupam inúmeros escritores — criminalistas e filósofos. KANT, mais tarde, enunciou que a medida das penas devia correlacionar-se ao direito de represália — o *jus talionis*, aplicado com discernimento. BECCARIA pensa que a verdadeira medida é o que ele chama *il danno della società*. Considera essa noção de dano de uma forma ampla, abrangendo o alarma social, a perversidade do agente do crime e o mal, tanto moral como material, ocasionado pela infração.

E esboça a divisão das ocorrências reprimíveis. FAUSTIN HÉLIE, nos magistrais comentários que dedicou ao tratado *Dos delitos e das penas*, entende que o esquema sugerido corresponde à verdade, embora caiba oferecer outras classificações.

Os delitos, para BECCARIA, podem ser classificados em três grupos: 1.^o) os que visam a destruição da sociedade ou dos seus representantes; 2.^o) os que constituem ofensas à vida, aos bens e à honra dos cidadãos; 3.^o) os estabelecidos pela lei à vista do bem público.

Esse enquadramento pode não apresentar, hoje, nada de notável. Mas é preciso não esquecer que BECCARIA visava excluir certos delitos incontestados no seu tempo e que não mais existem, como os de heresia, sacrilégio e magia, que não passavam de ofensas a supostos interesses, decorrentes da confusão entre o Direito, a Religião e a Moral. E, páginas além, esmiúça essas pretensas modalidades criminosas, tornando-lhes inquestionável a inadmissibilidade.

Depois de ter estudado os princípios gerais em que, a seu ver, se deveria basear a reorganização do Direito Penal, passa a examinar alguns crimes em espécie. Eis as mais interessantes observações:

Em primeiro lugar, fala do crime de lesa-majestade. Fatos insignificantes eram, às vezes, alçados à categoria de delitos contra o soberano. Já não subsiste o crime de lesa-majestade, embora se conheçam os chamados crimes políticos. Ao conceituá-los, pode o legislador moderno ser levado a excessos, como outrora acontecia com os crimes de lesa-majestade. Por isso, as ponderações do marquês de Milão ainda têm oportunidade.

Os crimes políticos, entendidos estes como crimes contra a segurança nacional e a ordem política, são hoje definidos pela Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983.

Se o legislador, por vezes, erigia em crimes de lesa-majestade fatos que não representavam ofensa alguma à pessoa do monarca, assim procedia para aplicar as penas mais drásticas. Por exemplo, o duelo, em certas épocas, foi havido como crime de lesa-majestade.

BECCARIA mostra, a respeito do duelo, que era mesmo necessário cuidar de medidas que o evitassem, mas que as providências penais estavam geralmente erradas. Com efeito, o crime era punido draconianamente: para o sobrevivente, a pena de morte; para o morto na contenda havia penas, como a de privação de sepultura e o confisco dos bens.

Cumpria evidenciar o desvalor dessas soluções. O duelo tinha razões de ordem psicológica, muito importantes, que não podiam ser arredadas com sanções penais, embora intensas. O homem desafiado sentir-se-ia desonrado se não aceitasse a luta. Mesmo contando com a probabilidade da pena capital, não podia esquivar-se ao combate, porque o opróbrio era pior que a morte.

Ineficaz, portanto, a pena máxima para o sobrevivente. Se assim era, que se diria do justicamento póstumo?

Salienta o prudente reformador que o verdadeiro critério para reprimir o duelo estaria em punir-se exclusivamente o autor da ofensa injusta, escusando-se o antagonista agravado imerecidamente.

As penas contra o suicídio eram largamente aplicadas. Apesar de reprovado pela Moral, como pela Religião, inconveniente é a interferência do legislador criminal em tal terreno.

Punia-se não só a tentativa frustrada, na qual havia sujeito ativo suscetível de receber o castigo, como também o suicida, que conseguira perfazer o gesto tresloucado. Já se esclareceu que a punição de defuntos não se afigurava inexequível.

Realça BECCARIA, com argumentos irrespondíveis, a inutilidade de sanções penais que tentassem arrefecer a veemência das paixões conducentes à auto-eliminação. A capacidade moderadora das penas é mínima ou nenhuma, ante o torvelinho absorvente dos sentimentos que induzem o homem a querer a própria morte.

A propósito de certos crimes difíceis de apurar, faz uso de um argumento interessante, que, entretanto, não corresponde à verdade. Refere-se a infrações cuja positivação é tão espinhosa, que — diz — preferível é que o legislador as abandone. Tão difícil, em relação a esses delitos, será deslindar a sua verificação e autoria, que aqueles que se sentirem inclinados a cometê-los não sofrerão influência suasória da vaga e incerta possibilidade das penas. Acha que o legislador se deve situar num ponto de vista utilitário, voltando-se para os fatos que podem ser comprovados e punidos. E exemplifica com o adultério, o crime de pederastia, que era castigado com penas severíssimas, e o chamado infanticídio *honoris causa*.

É freqüentemente para encobrir desonra que se pratica o infanticídio. A dificuldade na apuração do crime é comum, mas não constitui motivo para se assentir à impunidade legal de tão grave infração.

Cresce de vulto no Direito Penal moderno — e sempre teve importância — a investigação referente à índole dos motivos. É muito menos grave o infanticídio cometido por motivo social, como a defesa da honra, do que por motivo anti-social, relativo, por exemplo, ao egoísmo ou à crueldade. Mas, se o infanticídio cometido em defesa da honra é minorado pela qualidade do motivo, tem sempre contra si o caráter horroroso do fato, na sua materialidade, que revela, pelo menos, a mais censurável falta de piedade, por isso passível de repressão penal. Não se percebe como BECCARIA, eminentemente lúcido, tivesse chegado à conclusão da inconveniência de se lhe cominarem punições.

É bem verdade que, ao fazê-lo, queria que o legislador voltasse a sua atenção para providências subsidiárias, de natureza cautelar, capazes de preservar a mulher das situações que a arrastam ao delito.

Livro destinado a proporcionar ao Direito Penal bases racionais, não seria compreensível que o seu autor deixasse de estudar a prevenção dos delitos, assunto de enorme importância. É matéria de árdua dificuldade, porque o escopo preventivo se desdobra em múltiplos aspectos, nem sempre acessíveis ao legislador.

Obviamente, o crime tem raízes profundas na natureza humana. Essas raízes não podem ser arrancadas pelos textos legais. Não há providências que abstraiam do homem, totalmente, o seu pendor para o mal. Mas é certo, também, que o legislador tem algum campo de ação, onde pode tentar neutralizar as tendências malfazejas, procurando tornar menos influentes determinadas causas próximas ou remotas do delito.

E BECCARIA faz, então, referência às causas que estão mais perto dos nossos olhos, indicando as diretrizes que o legislador pode seguir na relevantíssima tarefa

profilática. Devem-se adotar disposições previdentes e paternais. Alude à obscuridade das leis, de que já cogitara no seu trabalho, dizendo que, se os textos forem suficientemente claros, o homem poderá distinguir o que é delituoso do que não o é. Fala da multiplicidade inútil das sanções penais, frisando que as figuras delituosas se devem circunscrever àquilo que realmente seja indispensável à boa ordem da vida social. O Direito Penal há de satisfazer-se com um mínimo de moralidade e honestidade. Ainda, é fora de dúvida que a disseminação do ensino concorrerá para diminuir os crimes, pois a ignorância é causa de criminalidade, embora também haja manifestações delituosas próprias de pessoas cultas e instruídas.

Discorre acerca dos vícios em geral, como a preguiça e a embriaguez, mostrando que é preciso moralizar os homens pela educação. Recrimina a desigual distribuição da justiça, insistindo em que os homens devem ser parificados perante a lei. A organização de uma justiça que os trate com igualdade concorrerá para que os crimes diminuam. O injustiçado é, quase sempre, um rebelado.

A virtude — acrescenta — deve ser premiada, prestigiada. Recompensando-se as ações meritórias, estimulam-se os atos bons, o que também coopera para diminuir a criminalidade.

Ainda em nossos tempos, o problema da prevenção dos delitos não alcançou uma fase de desenvolvimento acentuado. Continua mais na ordem teórica do que na ordem prática.

26 — O capítulo final da obra é pequeno. Nada mais que oito ou dez linhas, de súpula. Para que uma pena — diz CÉSAR BECCARIA — não seja um ato de violência contra o cidadão, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

Por que pública? Porque os processos não devem ser clandestinos e porque só ao Estado, poder social, incumbe fazer justiça.

A pena deve ser prontamente imposta. Sim, para que a celeridade no advento do castigo ponha em evidência a relação que liga o crime, como causa, à pena, como consequência.

Deve ser necessária. Pois só assim é concebível que se inflija a alguém um sofrimento. Daí a obrigação de reduzir-se o mal imposto ao mínimo possível em face das circunstâncias, atendido um critério de proporção entre a intensidade do malefício e a da providência que o contrasta.

Finalmente, a pena deve ser determinada pela lei. É a norma cristalizada na frase *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se tornou ponto central da Escola Clássica.

A ninguém — eis o seu meridiano significado — se poderá imputar crime, nem aplicar pena, sem que ao fato que motiva a acusação preexista preceito legal expresso, nitidamente adequado.

Apesar das mutações por que passou o Direito Penal, essa afirmação continua a ser exata. Os códigos penais contemporâneos conservam e enaltecem o chamado princípio da legalidade dos delitos e das penas.

Referências¹¹

ANDRADE, Fernando Dias. A razão democrática em Beccaria. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 4, p. 115-129, 1998.

BEIRNE, Piers. Hacia una ciencia del homo criminalis: de los delitos y las penas de Cesare Beccaria (1764). *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, v. A, p. 3-47, 2002.

CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 301-335, 2003.

COSTA, José Francisco de Faria. Ler Beccaria hoje. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 74, p. 89-105, 1998.

FRONTINI, Norberto F. Releyendo a Beccaria. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 535-565, 2001.

HESPANHA, António Manoel. De la 'iustitia' a la disciplina. In: VALIENTE, F. Tomás; CLAVERO, B; HESPANHA, A. M.; BERMEJO, J. L.; GACTO, E.; ALONSO, C. Alvarez. *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid: Alianza Universidad, 1990.

LEIGH, Leonard H. L'influenza di Cesare Beccaria sulla procedura penale inglese. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, v. 32, p. 871-881, 1989.

MODONA, Guido Nepi. L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, v. 32, p. 477-505, 1989.

PIRES, Álvaro P. La doctrine de la sévérité maximale au siècle des lumières. In: DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A. P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelas: DeBoeck, 1998.

PIRES, Álvaro P. Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne. In: DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F.; PIRES, A. P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruxelas: DeBoeck, 1998.

SANTOS, Marino Barbero. Cesare Beccaria, la pena de muerte e la tortura. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, n. 2, p. 2334-2349, 1989.

SCARPELI, Umberto. Beccaria e l'Italia civile. *L'indice Penale*, Padova, v. 22, n. 2, p. 217-222, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 42, n. 2, p. 521-551, 1989.

- 1 *Des délits et des peines*, par Beccaria, nouvelle édition, précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. FAUSTIN HÉLIE, Paris, 1856. É um dos mais completos estudos já concebidos a propósito do livro de CÉSAR BECCARIA e do momento histórico em que foi escrito.

Modernamente foi publicado o *Traité des délits et des peines de Beccaria*, com introdução de MARC ANCEL e GASTON STEFANI, Paris, 1966. Contém minuciosa notícia das comemorações do bicentenário do livro celebradas na Capital francesa em 1964, com apreciações dos professores LEVASSEUR e VASSALLI, entre outros. Na Itália, esse segundo centenário foi também largamente comemorado, como o atesta a coletânea de MENASCE, LEONE e VAL SECCHI, *Beccaria e i diritti dell'uomo*, Roma, 1964.

Sobre as comemorações é pródiga de informes a *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1964, págs. 497, 679 e 898. Esta última referência localiza o trabalho de GIAN DOMENICO PISAPIA, *Beccaria et la défense sociale*.

- 2 *Ecclesia abhorret sanguine*.

- 3 Leia-se o desenvolvido prefácio de PIERO CALAMANDREI à edição florentina, de 1945, do tratado *Dos delitos e das penas*. É irresponsável a sua réplica aos que tentam reduzir o merecimento de BECCARIA.

Entre estes figura UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Turim, 1932, para quem, conquanto não negue a enorme influência do famoso opúsculo no desenvolvimento do Direito Penal, foi esse escrito a expressão da mentalidade que se tornava dominante, podendo, em consequência, ter sido elaborado por qualquer outro pensador iluminista da época.

Vale a pena conhecer a resposta de CALAMANDREI, às págs. 58 e segs. daquele prefácio.

SPIRITO exagera a influência dos irmãos PIETRO e ALESSANDRO VERRI, a princípio grandes amigos e que se tornaram infatigáveis detratores de BECCARIA, ao qual haviam dado, realmente, incentivo e auxílio.

A primeira edição, que precavidamente omitiu o nome do autor, provocou farta messe de libelos injuriosos contra o anônimo reivindicador. Pela virulência e pelo alcance das comprometedoras críticas, sobressaiu o monge ÂNGELO FACHINEI, ao qual foi dada resposta através do escrito intitulado *Apologia*, rapidamente preparado. Sabe-se que essa contribuição foi de autoria dos irmãos VERRI, principalmente PIETRO.

- 4 Dentre a copiosa literatura acerca da obra de BECCARIA, destacamos: C. CANTÙ, *Beccaria e il Diritto Penale*, Florença, 1862; E. LANDRY, *Cesare Beccaria, scritti e lettere inedite*, Milão, 1910; ENRICO PESSINA, *Il Diritto Penale in Italia — da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del Codice Penale vigente (1764-1890)*, na *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, Milão, 1906, 2.º vol., pág. 539; FILIPPO MANCI, *I tempi e il pensiero di Cesare Beccaria*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1928, parte 1.ª pág. 432; ARMANDO GIANI, *Il bicentenario della nascita di Cesare Beccaria*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1938; ROBERTO A. M. TERAN LOMAS, *Beccaria. y los conceptos fundamentales del Derecho Penal*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1943, vol. 32, pág. 983; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Cesar Beccaria*, em *El criminalista*, 4.º vol., Buenos Aires, 1944, pág. 22; e RODOLFO MONDOLFO, *Cesare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, 1946, além de outros vários trabalhos que mencionamos neste capítulo. Em português, existe, do livro, uma publicação da Athena Editora, trad. de PAULO M. OLIVEIRA, com prefácio de EVARISTO DE MORAES. Também, de VICENTE SABINO JÚNIOR, *Cesare Beccaria e o seu livro Dos delitos e das penas*, São Paulo, 1972.

- 5 JEAN GRAVEN, *Beccaria et l'avènement du Droit Pénal moderne*, Genebra, 1947.

- 6 Para MONTESQUIEU, “os juízes da Nação apenas constituem a boca que pronuncia as palavras da Lei, seres inanimados, que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor” (*De l'esprit des lois*. ed. Garnier, Paris, 1949, 1.º vol., pág. 171). Aquilate-se quanto essa concepção pesou nas diretrizes constitucionais advindas com a Revolução Francesa: chegou-se a estabelecer que, em dúvida sobre o entendimento do texto legal, devia o magistrado suspender o julgamento para solicitar esclarecimentos aos órgãos legislativos.

- 7 Os aspectos processuais-penais do livro foram monograficamente estudados por ARMANDO DE MARCHI, *Cesare Beccaria e il processo penale*, Turim, 1929, com prefácio de E. FLORIAN.

- 8 Sobre o assunto, LADISLAU THOT, *Los juicios de Dios en los antiguos sistemas juridico-penales*, em *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1930, vol. 32, seção doutrinária, pág. 1. Esse estudo reaparece no livro *História de las antiguas instituciones de Derecho Penal (Arqueología criminal)*, La Plata, 1940, pág. 145. Consulte-se também o escrito de MANZINI, *Paleontologia criminale, contributo alle ricerche sulla genesi del Diritto e della procedura penali*, na *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Turim, 1903, vol. 57, pág. 269, especialmente na parte em que trata das variadas formas de juízos de Deus, de que era exemplo a instituição das ordálias. O vocábulo anglo-saxão *ordal*, do qual vem a forma latino-medieval

ordalium, significa, de modo, geral, decisão. “Ordália, sintetiza MANZINI, é todo procedimento, de qualquer gênero, com o qual se acredita poder induzir os seres sobrenaturais a manifestar de determinado modo a sua decisão acerca de questão que produz efeitos jurídicos”. E ainda: “A ordália é, pois, uma consulta feita aos espíritos, em determinadas condições e com formalidades destinadas a induzi-los ou constrangê-los a responder consoante o modo estabelecido”.

9 Acompanhe-se em FAUSTIN HÉLIE, ob. cit., pág. 103, o interessante quadro que traça do problema da pena de morte, qual o encontrou BECCARIA, bem como do ulterior desenvolvimento do debate, perante a reação e também a acolhida que as generosas idéias encontraram.

10 Realça PIERO CALAMANDREI, com todo acerto, que no capítulo concernente à pena de morte está a grande originalidade de BECCARIA, porquanto o próprio MONTESQUIEU, sua fonte mais freqüente, não foi contrário a esse meio punitivo, que considerou como “uma espécie de talião” para certos delitos muito graves (ob. cit., pág. 241).

BECCARIA só concebe a execução capital como um fenômeno extra-jurídico, qual a guerra ou a revolução, possível em situações excepcionalíssimas, que exemplifica, de convulsões sociais, quando se rompe a ordem jurídica. Em tempos normais, “não é justa, nem necessária”.

O aludido comentador (ob. cit., pág. 241) lembra, com ironia, a exploração feita por penalistas do fascismo em torno daquela compreensível ressalva. O próprio MUSSOLINI tomou a palavra num congresso científico para dizer que BECCARIA não fora realmente infenso à pena de morte e para expor, sobre o assunto, “o seu pensamento” de ditador, ao sentir, no ambiente, a acusação de que se renegara a tradição humanitária e científica inaugurada no tratado *Dos delitos e das penas*.

11 Abrangem a historiografia que mais recentemente abordou, em variadas linhas metodológicas, tanto a obra de Beccaria, em particular, quanto o chamado “período humanitário” em geral.

Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires

Maíra Rocha Machado¹

O objetivo deste texto é apresentar uma síntese do estudo realizado por Álvaro Pires sobre a obra de Beccaria e a formação da racionalidade penal moderna. Este estudo foi publicado em 1998, pela Presses de L’Université d’Ottawa, com o título *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*.

A expressão “racionalidade penal moderna” denomina um sistema de pensamento fechado que tem como pano de fundo a clivagem entre o direito criminal, de um lado, e o direito civil e administrativo, de outro. Essa clivagem foi, em parte, construída pelas três grandes teorias da pena, como as formuladas ou finalizadas no decorrer dos séculos XVIII e XIX: (i) a teoria utilitarista da dissuasão (ou da correção moral pelo castigo e pela disciplina), (ii) a teoria retributiva ou expiatória e (iii) a teoria da readaptação (modelo médico) e da neutralização. O que permite dizer que a racionalidade penal moderna foi

formada por três eixos ou subsistemas de pensamento: (i) o utilitarismo penal clássico (Beccaria, Bentham, Feuerbach e vários outros), (ii) o retributivismo penal clássico (Kant, Hegel, Binding etc.) e (iii) o utilitarismo penal positivista (Lombroso, Ferri e Garofalo).

A pesquisa realizada por Pires (1998: 14) aponta para uma forte conjunção entre o florescimento da representação da justiça penal como um sistema de regulação auto-suficiente, diferenciado e fechado sobre si mesmo, e o surgimento dos dois primeiros eixos (ou teorias da pena) na forma que assumiram no século XVIII. Antes mesmo da formulação dessas teorias, o processo de autonomização do sistema penal já apresentava seus primeiros sinais, como se verá mais a frente, no tocante à “doutrina da severidade máxima”. No entanto, essa representação apenas ganhará força a partir da segunda metade do século XVIII, com a formulação e o desenvolvimento das teorias da pena criminal.

Após a análise de uma série de obras, Pires (1998: 15) indica como “tempo forte” do nascimento da racionalidade penal moderna a obra de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, por ser ele o primeiro — e da forma mais forte e visível — a combinar toda uma série de atributos desse sistema de pensamento como matéria distinta. Trata-se de um momento marcado por uma tendência a pensar o direito criminal e a pena como um subsistema fechado, autônomo e secular. Esse sistema de pensamento adquire um caráter dominante após um período de gestação, que se estende até o início do século XIX. Nesse sentido, não se trata de um sistema exclusivamente clássico: apenas sua formação, enquanto sistema fechado, se dá no período clássico, isto é, antes do nascimento da criminologia, com a escola positivista italiana.

1. A doutrina da severidade máxima

Alguns dos aspectos fundamentais da racionalidade penal moderna encontram suas raízes em uma corrente de pensamento pré-clássica intitulada “doutrina da severidade máxima”. Essa denominação² se refere ao grupo de autores que constituem um resíduo do Antigo Regime, cujos textos contribuem para a compreensão das aporias, dos aportes e dos limites das modernas teorias da pena.

Em um panfleto anônimo publicado em 1701, James Robertson³ aponta como objetivo principal da pena a dissuasão (geral) ou a exemplaridade. Em suas palavras, as leis penais “não têm por objetivo principal a punição do criminoso em questão, mas visam sobretudo a impedir os outros a se tornarem um” (apud PIRES, 1998: 60). Não obstante o fato de que o tema central de sua obra é a reforma da lei penal para torná-la mais severa, Robertson desenvolve os temas da aplicação estrita das leis, da certeza da pena criminal e da necessidade da denúncia.

Isso leva Pires (1998: 63) a afirmar que já se encontra “no saber pré-clássico sobre a pena uma série de argumentos ou de tramas discursivas visando a justificar o rigor da pena”, independentemente de toda consideração sobre quem punir, sobre quem é punido ou ainda sobre o número de casos que são regulados de outra forma ou que simplesmente permanecem sem solução alguma.

No pano de fundo do pensamento de Robertson está a separação entre duas grandes modalidades de justiça: o sistema civil, que privilegia a vítima real e que emprega, para fazer justiça, uma série de sanções, como a indenização e a restituição em espécie; e o sistema penal, que deixa de lado a vítima real e utiliza, para fazer justiça, as penas fortes e duras, como pena de morte, castigos corporais, deportação etc. Essa ideologia bipartida

da justiça é compartilhada pelos demais autores da doutrina da severidade máxima examinados por Pires (1998).

O tema da “certeza da punição” ou do “maior número de culpados” consiste em uma importante ruptura com os princípios de justiça dominantes no Antigo Regime, em que se visava punir severamente, mas um pequeno número de pessoas. O princípio segundo o qual se deve punir um grande número está ligado a uma sociedade que vê a população como problema e que acredita ser necessário, para moralizá-la, recorrer à punição massiva. Em que pese o clamor da sociedade, desde o início do século XVIII, em punir o maior número possível de pessoas, esse princípio sofre alteração a partir da metade do século e desemboca na idéia de que é melhor punir menos severamente um grande número de pessoas que punir severamente um pequeno número de culpados. Isto é, moderação na intensidade, mas não na quantidade.

Nesse aspecto, portanto, a doutrina da severidade máxima situa-se a meio caminho da modernidade, na qual o sentido da punição cumula a severidade e o maior número possível de punições.

O texto de James Robertson revela-se também notável no que concerne à temática do humanismo. Nele desenvolve-se uma argumentação no sentido de “justificar os meios inumanos por meio do humanismo”, mediante três argumentos principais: em primeiro lugar, o autor considera que não punir severamente uma falta constitui forma de participar de sua etiologia. E, tendo em vista que somos moralmente responsáveis por nossa tolerância, mas não por nossa intolerância, a justiça, mediante o mal da pena, concilia-se, então, com um tipo de discurso sobre o humanismo. Esse argumento se apresenta estreitamente ligado à teoria da dissuasão pela pena. Em segundo lugar, Robertson trabalha com a idéia de total transferência de responsabilidade, isto é, a lei prescreve uma pena para um determinado ato, e o transgressor torna-se o único responsável pelo que constitui resultado de seu gesto. Dessa forma, o legislador que escolheu a pena é exonerado da responsabilidade de sua escolha por ter prescrito a pena na lei antes da ocorrência do ato. Para Pires (1998: 67), esse argumento mostra-se, sobretudo, defensivo por proteger a lei penal da crítica de inumanidade. E, por fim, embora Robertson não afirme explicitamente o princípio da legalidade em seu texto, o princípio encontra-se subentendido no conjunto de proposições que desenvolve. Seu objetivo é “sensibilizar o legislador a modificar formalmente a estrutura das penas e não deixar estas últimas à discrição dos Tribunais”. Nesse sentido, o texto de James Robertson já participa do espírito jurídico da modernidade (PIRES, 1998: 67).

Como todos os utilitaristas a partir do século XVIII, Robertson não aceita a condenação ou a punição de um inocente, mesmo mediante a demonstração de que ela possa ser “útil” para dissuadir os demais. A culpabilidade e, sobretudo, a prova dessa culpabilidade, em um processo imparcial, já constituem condição necessária à pena. E o papel das “salvaguardas jurídicas é reduzir os erros e controlar o arbitrário: a pena está na lei, a prova deve ser clara como o sol do meio-dia e, ainda, o perdão pode intervir em casos extremos” (PIRES, 1998: 68).

George Ollyffe,⁴ em um texto de 1731, destaca que, a partir do momento em que escolhemos nossos representantes ao Parlamento e que eles prescrevem uma variedade de penas segundo a gravidade dos atos, “ninguém pode pretender que o que fora decidido não conta com o consentimento da Nação”. “O suplício da roda será então legitimado e incontestável: ele teve o aval da democracia” (PIRES, 1998: 70). O Reverendo Martin Madan,⁵ em 1785, não reclama necessariamente a maior severidade das penas, mas, sobretudo, sua aplicação estrita. Dessa forma, seu texto, diferentemente dos demais,

dirige-se mais aos juízes que ao legislador (PIRES, 1998: 70).

A partir dos textos desses três autores, extraem-se as duas preocupações principais da doutrina da severidade máxima, a saber: (i) o aumento das penas como método de prevenção de crimes; e (ii) a aplicação estrita das leis existentes, isto é, uma política de ativismo judiciário em matéria penal, comumente conhecida como uma política de “tolerância zero” no que concerne a qualquer outra forma de resolução de conflitos e ao perdão judiciário em sentido amplo.

Ao mesmo tempo, a doutrina da severidade máxima harmoniza-se com a constatação da existência de um grande número de casos que escapam à justiça penal (a cifra negra) de maneira muito peculiar. A necessidade da severidade ou a certeza da pena são defendidas por esses autores não porque se ignora a cifra negra, mas, sobretudo, porque se crê tanto na possibilidade de contrabalançar seus efeitos quanto em seu potencial de satisfazer a todos: ela serve ao público na medida em que assegura a prevenção dos crimes; serve à vítima, pois o sofrimento do culpado a reconforta; e serve, enfim, ao próprio culpado, uma vez que assegura ao menos um fim útil ao seu sofrimento. A força moral subjacente a essa forma de visualizar a severidade e a certeza da pena estão em crer, realmente, que se faz o bem a todos e que se pode construir, com tais métodos, uma “vida boa” e uma “boa justiça” (PIRES, 1998: 74-75).

A última contribuição à doutrina da severidade máxima reconstruída por Pires é dada pelo Reverendo William Paley.⁶ Esse autor está de acordo com a necessidade de que algumas penas devem ser claramente mais severas que outras. No entanto, sustenta que a “medida” não deve se fundar no grau de culpabilidade do ofensor, mas, sobretudo, na necessidade de prevenir a repetição da ofensa. Paley desconsidera, portanto, o critério da “proporcionalidade” entre delitos, diferentemente da posição sustentada pelo saber utilitarista clássico. Acrescenta, ao critério-chave da prevenção da repetição do crime, quatro outras considerações: o perigo que certos crimes acarretam para a sociedade; a facilidade com a qual se pode cometê-los; a facilidade com a qual se pode ocultá-los (ou, o que dá no mesmo, a dificuldade em detectá-los) e o grau de dificuldade para a vítima ou para a sociedade de preveni-los por outros meios.

Paley defende, portanto, que nenhum governo pune o crime em função de sua culpabilidade, mas, sobretudo, “em proporção à dificuldade e à necessidade de prevenir” os crimes. Paley ilustra esse argumento a partir da severidade com a qual se deve tratar os crimes cometidos “em uma relação de confiança”. Enfim, Paley considera que, nos casos em que a detenção do acusado é mais difícil, a punição deve ser mais severa. E, mediante essas considerações, justifica as penas exorbitantes de um grande número de infrações menores e, assim, quase todas as ofensas se tornam perigosas (PIRES, 1998: 78). Pires chama a atenção do leitor para o fato de que, se esse razoamento fosse aplicado hoje, conduziria, sem dúvida, a penas mais severas no tocante, por exemplo, à criminalidade econômica e à violência policial, pois constituem casos em que há uma chance muito pequena de condenação.

Em que pese a dificuldade em caracterizar e identificar a doutrina da severidade máxima, pode-se afirmar que a doutrina constitui um “saber sério”⁷ sobre o crime que ultrapassa os textos desses quatro autores e, inclusive, as fronteiras da Inglaterra. Tal como exposta brevemente aqui, não exige do leitor grande esforço para constatar que muitos de seus aspectos podem ser encontrados atualmente tanto no pensamento popular sobre o crime e a pena quanto no pensamento profissional (juristas, intelectuais, políticos etc.). A doutrina apresenta hoje, no entanto, algumas das limitações trazidas pelas teorias modernas da pena: não sustenta mais o suplício, limita a legitimidade da pena de morte a

certos delitos mais graves contra a pessoa e aceita, ao menos até certo ponto, a noção de proporcionalidade entre delitos.

O tema da severidade e do rigor da pena, em que pese a importância e a atualidade, é negligenciado pelos filósofos da pena, historiadores e criminólogos (PIRES, 1998: 80). Situado no coração dos debates sobre a pena, o tema da severidade é evocado ao menos de três formas diferentes. Em primeiro lugar, para marcar uma distância crítica em relação ao Antigo Regime, de modo que sua representação assume a forma de um pesadelo dos tempos antigos: “eles eram severos, nós somos moderados e justos”. Em segundo lugar, para questionar os projetos rivais, considerados demasiadamente progressistas, humanistas ou indulgentes. Nesse caso, a “severidade” é evocada pela negativa e valorizada não como uma forma ideal de penalidade ou um meio necessário, mas, sim, como um limite à moderação ou ao humanismo. A idéia não é pregar a severidade, mas negar a brandura ou a negligência. É, portanto, por meio da crítica às teorias rivais que se valoriza sua própria severidade. E em terceiro lugar, apresenta-se também como uma “exigência de justiça” e logo como a própria prova de nosso humanismo: demandamos severidade porque nos consideramos “verdadeiros humanistas” ou o fazemos em nome da Justiça. A repressão não aparece sob o ângulo negativo, mas sob o ângulo positivo, tornando-se moralmente aceitável (PIRES, 1998: 80).

A importância do estudo dessa linha de pensamento está no modo em que se integra às modernas teorias da pena e também às maneiras atuais de pensar a punição. “É necessário admitir que ainda conhecemos mal as diversas facetas da ‘severidade’, que a controlamos mal no funcionamento da justiça e que também ela parece estar alinhavada para todos os lados em matéria penal: ela parece estar enraizada na própria maneira pela qual o direito está organizado e dividido” (PIRES, 1998: 81).

2. Beccaria: o tempo forte da racionalidade penal moderna

As propostas de Beccaria sobre a moderação das penas inscrevem-se em um movimento de pensamento denominado “escola clássica do direito penal” ou “teoria clássica da pena”. *Dos delitos e das penas*, publicação anônima de 1764, constitui o carro-chefe do iluminismo italiano.

São três as temáticas da obra de Beccaria: (i) uma reflexão teórica sobre o fundamento e os limites do direito de punir (no sentido amplo de intervenção jurídica); (ii) reflexões pontuais acerca dos princípios jurídicos concernentes à liberdade e à segurança das pessoas suscetíveis de serem levadas aos tribunais e das pessoas condenadas (garantias jurídicas); e (iii) uma teoria sobre a pena criminal no sentido estrito do termo. A maior contribuição de Beccaria está no primeiro e no último tema, aos quais Pires (1998: 85) designa, respectivamente, “teoria do fundamento do direito de punir” e “teoria utilitarista clássica da pena”.

O que, em princípio, deveriam vir sempre conjugados — teoria da pena e teoria dos fundamentos e limites do direito de punir — encontram na obra de Beccaria uma forte razão para serem analisadas separadamente. Isso porque a teoria da pena criminal formulada por Beccaria destrói ou, em boa parte, neutraliza sua teoria sobre o fundamento do direito de punir. Esta última, quando visualizada separadamente da teoria da pena criminal, contribui para a renovação de nossa forma atual de conceber a intervenção jurídica em matéria penal (PIRES, 1998: 86).

Algumas observações metodológicas se fazem previamente necessárias com o intuito

de esclarecer as dificuldades inerentes à análise da obra de Beccaria (PIRES, 1998: 88), das quais destaco duas de especial relevância para a utilização que faço da obra de Pires. Em primeiro lugar, na época em que Beccaria escreveu sua obra, o direito passava por uma transformação terminológica radical, quando a linguagem do direito penal moderno estava se apartando da linguagem do direito “em geral” para constituir um campo semântico distinto. Tendo sido Beccaria um dos pivôs dessas transformações, no decorrer de sua obra, tem-se a impressão de que utiliza determinadas palavras no sentido antigo e, logo, no sentido moderno. O exemplo indicado por Pires (1998: 89) consiste nas duas grandes reduções que sofreram a palavra “justiça”: de “justiça” a “judiciária”, no sentido do direito positivo, e em seguida, de “judiciária” passa-se a “justiça criminal” e a “pena criminal”.

Em segundo lugar, Pires chama a atenção para o fato de que essa obra de Beccaria constitui um manifesto redigido com intenção de produzir uma reforma. Desse modo, Beccaria utiliza todo tipo de argumento para sustentar suas teses, estejam eles ou não em conformidade com seu pensamento. Desde que conduzam ao mesmo resultado prático, Beccaria chega a utilizar argumento humanista ao lado de outro, bastante repressivo, em uma estratégia de maximização das chances de receber a aceitação de opiniões divergentes (PIRES, 1998: 89).

O nascimento da racionalidade penal moderna tem seu “tempo forte” na obra *Dos delitos e das penas*, de Beccaria. Isso significa ter sido ele, pela primeira vez e da forma mais visível e marcante, quem combinou uma série de fios condutores e atributos desse sistema de pensamento como uma matéria distinta, determinando as grandes linhas da racionalidade penal moderna, como subsistema de pensamento autônomo e engajado em um processo de diferenciação em relação aos outros ramos do direito (PIRES, 1998: 15 e 93).

Esse sistema de pensamento encontra-se figurado na “teoria da pena criminal” de Beccaria. Essa teoria reúne uma “representação vertical” do direito penal, como um sistema completo de regras proibitivas, sancionadoras e de procedimento fechado sobre si mesmo, que busca se diferenciar de outros subsistemas jurídicos; uma conceituação estrita do castigo e do objetivo da pena que, de um lado, exclui a reparação positiva e uma série de outras medidas e, de outro, reforça a convicção da obrigação de punir; e, por fim, um tipo de proteção dos indivíduos pelas regras constitucionais e de procedimento, bem como por certos princípios filosóficos jurídicos, como o da proporcionalidade (PIRES, 1998: 94).

Em sua teoria da pena, Beccaria concebe o penal como um domínio de regulação jurídica que “seja e deva permanecer profundamente distinto de outras formas jurídicas” (PIRES, 1998: 94). Um sistema regido por uma filosofia, por objetivos, princípios, leis e sanções próprias, no qual a coerência interna deve ser mantida a qualquer preço na forma de uma diferenciação, quicá de um contraste, com a justiça civil e os demais ramos do Direito.

A partir desse marco, Pires (1998: 94-97) identifica quatro implicações principais que fazem de Beccaria o grande artífice da racionalidade penal moderna. A primeira delas consiste em isolar o penal da moralidade e do jurídico em geral. Isto é, Beccaria separa a imoralidade do ilícito jurídico (antijuridicidade) e, no interior dos atos antijurídicos, o ilícito criminal do ilícito civil, restando entre estes uma zona cinzenta de ilícitos administrativos. Em que pese a fragilidade das demarcações teórica e prática que deveriam separar um sistema jurídico de outro, é forte a convicção conceitual partilhada por Beccaria, segundo a qual existem três “mundos jurídicos”, um do direito civil (e

privado), outro do direito administrativo (e público) e outro do direito penal (e público também).

Desdobramento da implicação anterior, a segunda resume-se na inauguração de um novo estilo de conceber o penal, que consiste em conservar o contraste com o direito civil para evitar qualquer contaminação pelo direito privado. E, assim, aos criminalistas é dirigida a tarefa de buscar e justificar a mais adequada punição aos culpados, enquanto os civilistas têm por missão assegurar a reparação do dano causado. Daí a resistência em se considerar a indenização ou qualquer forma de solução negociada do conflito solução suficiente em direito penal.

Nesse processo de construção de um sistema centrado sobre a obrigação de punir, a terceira implicação revela a contribuição da obra de Beccaria para capsular, no direito penal, o objetivo geral de todo o direito, qual seja, a proteção da ordem, a segurança social de todos e a pacificação das relações sociais. Mesmo mal equipado e pouco concebido para se adequar ao objetivo de pacificação, o direito penal pretende alcançar e conservar, tanto nas regras de procedimento quanto na teoria da pena criminal, um espírito belicoso. Na visão de Beccaria, a impunidade penal, isto é, o fato de não ser aplicada uma pena criminal, cria um risco para a proteção da sociedade, ao mesmo tempo que a dissuasão e a obrigação de punir constituem os únicos meios legítimos e eficazes para alcançar a “vida boa” ou a segurança “de todos”. Trata-se de uma concepção desproblematizada e hipervalorizante do direito criminal (PIRES, 1988: 95).

Em virtude dessa apropriação dos objetos gerais do Direito, Beccaria é levado a representar esse subsistema com duas facetas, as quais ele busca conciliar. A última implicação consiste, portanto, em combinar o dever de proteger a sociedade dos atentados individuais e o dever de proteger a liberdade dos indivíduos contra os abusos do poder.

Essa dupla função, por vezes contraditória — punir para defender a sociedade e limitar o poder de punir para proteger os indivíduos do abuso da reação estatal — permanece como uma das tensões principais do direito penal moderno. A contradição não deriva do fato de essas duas funções estarem em posições antagônicas, pois, afinal, a “partilha entre o meu e o seu diz respeito a todo o Direito” (PIRES, 1998: 96). Decorre sobretudo da amputação sofrida pelo direito penal que, despojado dos recursos existentes em outros ramos do direito, ficou obrigado a punir no sentido mais estrito do termo.

(i) Teoria dos fundamentos e limites do direito de punir

A teoria do fundamento do direito de punir, formulada por Beccaria, comporta uma dupla interpretação. Como aventado anteriormente, os conceitos de “direito”, “lei”, “delito” e “castigo” presentes na obra podem tanto ser lidos no sentido estreito e moderno de justiça criminal quanto em sentido mais amplo. Esta segunda interpretação permite que as reflexões de Beccaria sejam aclaradas no mesmo marco das reflexões de outros autores pré-clássicos do direito natural e do contrato social. Ademais, não havendo na obra de Beccaria qualquer indicativo de que ele possa ter concebido dois fundamentos distintos para as leis — um para a lei penal e outro para a lei civil —, é extremamente provável que ele tenha utilizado tais conceitos em sentido amplo, como faziam seus predecessores. Enfim, a opção por essa segunda interpretação significa, a um só tempo, fazer a máxima justiça ao texto de Beccaria, bem como extrair de suas reflexões um conteúdo mais interessante e mais produtivo à análise do sistema penal nos dias de hoje (PIRES, 1998: 103).

Na linha dos teóricos do contrato social de sua época, Beccaria tinha em mente também um “estado de natureza” em que os indivíduos eram independentes, isolados e

livres. O estado de guerra perpétua dessa vida sem leis tornava inútil toda a liberdade de que dispunham em virtude do incerto poder de desfrutá-la. Em uma situação na qual se pode tudo — mas, em contrapartida, a proteção dos privilégios e das liberdades não passa incólume —, os indivíduos decidiram se unir e sacrificar “uma parte dessa liberdade para gozar do resto com mais segurança e tranqüilidade” (BECCARIA, 1764, § 1.º: 41).⁸ Trata-se, por conseguinte, de conceder a menor parte possível de suas liberdades em prol desse fim e, inversamente, o poder legítimo passa a ser aquele que usurpa o menos possível a liberdade e a segurança dos indivíduos (PIRES, 1998: 105).

A convenção nascida da união entre os indivíduos — o contrato social — forma as leis que, por sua vez, indicam “as condições sob as quais os homens independentes e isolados se uniram em sociedade” (BECCARIA, 1764, § 1.º: 41). Essas condições se resumem, nas reflexões de Beccaria, em dois pontos: a liberdade e a paz social, o que engendra ao poder legítimo o papel bastante complexo de administrar a parte de liberdade que os indivíduos abandonaram em troca da paz social. A tarefa compreende, portanto, (i) a proteção dos indivíduos em geral contra a agressão de um outro; (ii) a proteção do agressor contra a reação informal dos outros ou contra a exigência de aumentar as penas incessantemente; e (iii) a proteção do agressor contra os impulsos, paixões e usurpações emanadas do próprio poder (PIRES, 1998: 105).

Nesse marco, as leis, os tribunais e as sanções tornam-se, para Beccaria, absolutamente necessárias à vida social, pois, sem essas instituições, os indivíduos retornariam ao “estado de natureza”. Ao mesmo tempo, Beccaria considera, em suas reflexões, o fato de que o poder de sua época usurpa uma boa parte do conjunto de liberdades que compõem o contrato social. Isto é, para Beccaria, todos os atos da autoridade estatal, inclusive as leis, são suscetíveis à ilegitimidade. O que conduz ao questionamento acerca da constituição — ou dos fundamentos — do direito legítimo de punir. Para Beccaria, o direito legítimo de punir surge da “necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito” (BECCARIA, 1764, § 2.º: 43).

Dessa forma, a justificação até então dada ao direito de punir — arrimada na obrigação moral ou na necessidade de proteger a ordem estabelecida — sofre uma transformação profunda a partir da leitura proposta por Pires da obra de Beccaria. O ponto central da justificação de Beccaria ao direito de punir está na necessidade de proteger a liberdade dos indivíduos entre eles em face do poder estatal, sempre reconhecendo que certa forma de coerção, e de punição, inclusive, é autorizada e legítima. E, sob a condição de que as leis sejam realmente necessárias, a proteção dos indivíduos levados aos tribunais seja assegurada e que as decisões judiciais, inclusive aquelas referentes a sanções, sejam as menos constrangedoras possíveis (PIRES, 1998: 110).

Essa teoria da intervenção jurídica orientada pelo princípio da intervenção mínima, em que pese seu caráter original e extremamente interessante à reflexão acerca dos limites do direito de punir, foi duplamente obstaculizada pela racionalidade penal moderna no momento de sua formação. Por um lado, esse aspecto do pensamento de Beccaria foi alvo de críticas severas formuladas por uma série de autores, como: Muylart de Vouglans (1767); Jeremy Bentham (1840); Filangieri (1788), (apud PIRES, 1998: 110-114). Resguardadas as particularidades inerentes às diferentes correntes de

pensamento por eles adotadas — utilitarismo pré-clássico, utilitarismo clássico, retributivismo ou qualquer outra — consideraram intolerável a concepção de Beccaria. Por outro lado, como explicitado anteriormente, a teoria utilitarista clássica da pena criminal vai de encontro à sua teoria dos fundamentos e limites do direito de punir, neutralizando-a por completo. Assim, a idéia de preservar a maior parte de liberdade possível e de escolher a sanção menos constrangedora se transforma na idéia de punir melhor o maior número possível — mesmo nos casos das infrações mais leves —, de maneira a proteger a sociedade por meio do exemplo do castigo em sentido estrito (PIRES, 1998: 115).

(ii) Teoria utilitarista clássica da pena criminal

Pires (1998: 115-142) apresenta a teoria utilitarista clássica de Beccaria sob a forma de um objetivo e cinco princípios; ele chama atenção para o fato de que essa teoria, tal como formulada por Beccaria, constitui um sistema fechado em que todos os elementos interagem e se reforçam mutuamente.

A teoria utilitarista clássica formulada por Beccaria privilegia a dissuasão geral e específica como objetivo da pena criminal: “resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. (...) O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”. E, em uma outra passagem de sua obra, questiona: “Qual é o objetivo político das penas? O terror dos outros homens” (BECCARIA, 1764, § 12: 62 e § 16: 70). Enfim, Beccaria, como a maior parte dos utilitaristas de sua época, favorece sobretudo o projeto político de controlar os comportamentos futuros da população, por meio da idéia do “exemplo”.

O primeiro princípio é denominado por Pires (1998: 118) como “princípio da racionalidade e da pena como obstáculo político”. A teoria da pena, de Beccaria, no tocante à capacidade de decisão dos indivíduos, privilegia a racionalidade e a aptidão para o cálculo e a associação de idéias.⁹ Isto é, quando a idéia de pena, associada a um comportamento específico, é evocada à consciência como algo desagradável, ela pode dissuadir o indivíduo a realizar o ato ou, ao menos, conduzi-lo a refletir antes de atuar. O indivíduo poderá, então, neutralizar o efeito dissuasivo da pena e atuar ou, ao contrário, renunciar a realização do ato que possa trazer consequências negativas (PIRES, 1998: 127). Trata-se, portanto, de uma teoria da pena marcada por uma psicologia associacionista que sobrevaloriza o efeito de obstáculo da sanção legal e atribui à pena criminal — e apenas a ela — a possibilidade de exercer esse papel (PIRES, 1998: 127).

Por meio do segundo princípio, intitulado por Pires (1998: 129) “da exclusão das medidas alternativas e da crítica ao perdão”, Beccaria, a um só tempo, enfraquece sobremaneira as linhas moderadas formuladas em sua teoria dos fundamentos e limites do direito de punir, como também corrobora a formulação da racionalidade penal moderna tal como a conhecemos na atualidade.

Beccaria distingue a reparação positiva da punição, considerando a primeira insuficiente para resolver o conflito e dissuadir o culpado e os demais. Além disso, ele reduz sua teoria do contrato social ao direito penal no momento em que pauta a obrigação de punir em sentido forte (isto é, em matéria criminal), conferida a juízes e legisladores pelo contrato social, no objetivo de dar o exemplo mediante o castigo.

No tocante ao perdão, Beccaria aparta dessa noção a idéia de justiça e, privilegiando imensamente esta última, considera o perdão uma clemência estatal — que “deveria ser excluída de uma legislação perfeita” (BECCARIA, 1764, § 46: 137) — ou uma benevolência da vítima — que, por sua vez, não deve ter qualquer efeito válido sobre a

justiça criminal (PIRES, 1998: 129).

A partir dessas considerações, deduz-se a profunda modificação nas prioridades e condições do contrato. Como explicitado anteriormente, na teoria do fundamento do direito de punir, Beccaria concebe como legítimas as leis e sanções que asseguram a maior parte de liberdade possível a cada sujeito em face do poder estatal. Na teoria da pena criminal, diferentemente, a pena legítima é aquela que produz, de modo seguro e sem demasiado excesso, o efeito da dissuasão, que, por sua vez, jamais pode ser inferior ao mal causado. Enfim, “à necessidade de preservar a liberdade, substitui-se a de promover o exemplo. A partir desse momento, o Estado deve reduzir a margem de liberdade dos seus sujeitos para tentar produzir a dissuasão: o culpado se torna um “objeto” ou um simples “meio” para o Estado” (PIRES, 1998: 130).

Na esfera penal, a teoria da pena de Beccaria: (i) opõe-se a todas as formas de desjudiciarização ou de negociação entre as partes na resolução do litígio; (ii) atribui um papel secundário à vítima, que perde seu papel de transigir e de decidir; (iii) relega as sanções civis (indenização, advertência etc.), bem como o perdão, inclusive da vítima, ao rol de soluções incompletas, insatisfatórias, privadas ou arriscadas, até mesmo no que concerne aos delitos mais insignificantes. A punição (em sentido forte) torna-se a regra geral, e o exemplo, uma necessidade inexorável (PIRES, 1998: 130; BECCARIA, 1764, § 29: 105).

O terceiro princípio, denominado por Pires (1998: 131) “da obrigação pragmática e política de punir”, consiste no desenvolvimento de outros três argumentos que, reunidos, fecham o cerco em torno da obrigação de punir.

No tocante à razão pragmática ou utilitária de punir, Beccaria sustenta que a certeza da pena criminal é uma condição essencial à sua eficácia e à sua legitimidade. De um lado, a dissuasão exige a certeza, e de outro, a utilidade e a legitimidade da pena — que dependem, por sua vez, primordialmente da dissuasão — exigem sua aplicação inexorável (PIRES, 1998: 131). Nesse circunlóquio, a necessidade de punir todos os tipos de infração de que se tenha conhecimento, inclusive as mais leves, torna-se a única forma de impedir a debilitação do efeito dissuasivo e da legitimidade da pena. Na linha do conjunto do pensamento utilitarista clássico, a obra de Beccaria arrima-se na certeza da punição, e não na severidade das penas. Por meio desse discurso, Beccaria forja um distanciamento crítico em relação à doutrina da severidade do antigo sistema e, ao mesmo tempo, não isenta sua teoria de um forte princípio repressivo: “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em conseqüência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável” (BECCARIA, 1764, § 27: 91).

A razão política de punir constitui, na obra de Beccaria, uma extensão do argumento anterior voltado às instituições encarregadas de zelar pelo cumprimento do objetivo dissuasório da pena criminal. O legislador deve ser “brando, humano e indulgente” (BECCARIA, 1764, § 46: 138), sendo necessário, em contrapartida, que “as leis sejam inexoráveis e inexoráveis sejam também seus executores nos casos particulares” (BECCARIA, 1764, § 46: 138). Assim, ao legislador cabe prever as penas que devem ser aplicadas com exatidão pelo judiciário, cujo poder discricionário, na visão de Beccaria, deve ser limitado ao máximo. Isto é, “nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores” (BECCARIA, 1764, § 4.º: 45). Visando proteger o legislador de eventuais usurpações do poder judiciário, Beccaria concebe a função judicial como mero exercício silogístico, destituindo-o de toda e qualquer função crítica de controle dos abusos do poder legislativo. “Em cada delito, o juiz deve formar um silogismo perfeito: a premissa maior

deve ser a lei geral; a menor, ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena” (BECCARIA, 1764, § 4.º: 46). Como ressalta Pires (1998: 133), trata-se de um resultado surpreendente, tendo em vista a afirmação constante do início da obra, segunda a qual “as leis, que são ou deveriam ser pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos” (BECCARIA, 1764: 39).

O terceiro argumento, pautado na razão jurídico-moral, exerce um papel de somenos relevo na obra de Beccaria. De acordo com esse argumento, a aplicação da lei penal se adequa a um princípio estrito de uniformidade e de igualdade formal visando prevenir qualquer incerteza ou disparidade nas decisões dos tribunais (PIRES, 1998: 131). A divergência entre decisões de tribunais proferidas para os mesmos delitos constitui, para Beccaria, a sobreposição da “voz imutável e constante da lei” pela “instabilidade errante das interpretações” (BECCARIA, 1764, § 4.º: 47). Deixando os juízes decidirem segundo o caso, o espírito das leis “dependeria da violência de suas paixões”, “das relações do juiz com o ofendido e de todas aquelas mínimas forças que mudam as aparências de cada objeto no espírito flutuante do homem” (BECCARIA, 1764, § 4.º: 46). Beccaria não esclarece as razões pelas quais atribui ao legislador, muito mais que ao juiz, esse caráter neutro e imunizado contra a violência das paixões da opinião pública. De qualquer forma, na opinião de Pires (1998: 133), tal posicionamento parece corresponder às crenças em vigor na época.

No marco da teoria da pena criminal, exposto anteriormente — dissuasão como objetivo primordial e exclusão do direito penal das medidas, sanções e procedimentos de resolução de conflitos aplicáveis ao direito civil —, emerge a questão da escolha das penas a serem atribuídas a cada um dos tipos de crime. A denominação do quarto princípio — “analogia à pena” — deve-se à concepção vigente na época clássica, segundo a qual “o ideal da pena é ser uma espécie de clone ou de cópia aproximativa do crime: a pena deve reproduzir o crime” (PIRES, 1998: 134). Busca-se, enfim, uma analogia, uma igualdade entre crime e pena. As ilustrações mais notáveis são a pena de morte, para o homicídio, e a castração, para as violações sexuais.

Para Beccaria, esse princípio atua no imaginário das pessoas, produzindo uma associação mais viva entre o delito e a pena, o que exerce uma influência salutar e mais eficaz para a dissuasão. E, assim, “quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil ela será” (BECCARIA, 1764, § 19: 79). Esse princípio traz, no entanto, alguns problemas aos autores partidários da abolição da pena de morte, como Beccaria. Em que pesem as vantagens amplamente aceitas que esse princípio traz à questão da escolha das penas,¹⁰ ele é um obstáculo a ser neutralizado e, por essa razão, não foi adotado pelos utilitaristas de maneira absoluta. Após excluir as sanções civis, o pensamento clássico progressivamente passou a se satisfazer com a multa e a prisão (PIRES, 1998: 137).

No mesmo marco teórico em que se inscreve o princípio anterior, a questão que, por fim, se coloca nessa leitura da teoria da pena criminal de Beccaria diz respeito ao grau de privação que se deve impor para lograr o efeito da dissuasão, temática inserida em o “princípio da proporcionalidade vertical e do excedente moderado das penas”. Para os utilitaristas, o princípio da proporcionalidade será visto como uma espécie de “escala de gravidade” referente ao conjunto dos crimes e das penas de um corpo legislativo. No intuito de apartar essa concepção da utilizada por retributivistas¹¹ e por outros autores da filosofia jurídica que discutiram o princípio, Pires (1998: 138) o denomina proporcionalidade-escala ou vertical. O que corresponde à linguagem utilizada por

Beccaria, que se refere ao dever de existir “uma proporção entre os delitos e as penas” (BECCARIA, 1764, § 6.º: 50), estabelecendo-se, em relação às diferentes categorias de delitos, “uma escala correspondente de penas, indo da mais forte à mais fraca” (BECCARIA, 1764, § 6.º: 51). Do ponto de vista teórico, essa concepção utilitarista do princípio da proporcionalidade é compatível com a idéia de um excedente na pena, isto é, com a idéia de que a pena a ser aplicada deve ultrapassar a vantagem resultante do delito.

Um dos objetivos da proporcionalidade vertical é produzir a dissuasão. E sua obtenção depende não apenas de um mínimo de pena, ao qual não se pode renunciar, mas também que nesse mínimo já esteja compreendido um excedente de pena que vá além do mal causado (PIRES, 1998: 139).

Contudo, essa noção de proporcionalidade estabelece também o limite além do qual não se deve punir. Sob tal aspecto, o princípio da proporcionalidade vertical ganha contornos mais críticos e, em algumas situações, efetivamente exerceu esse papel.¹² No entanto, tal como formulado no quadro da racionalidade penal moderna, esse caráter denunciador foi suplantado pelo papel fortemente repressivo de fazer obstáculo às medidas alternativas. No equilíbrio entre o “nem muito, nem muito pouco”, o princípio colaborou com mais frequência para a crítica ao “muito pouco” que ao excesso (PIRES, 1998: 140).

3. Racionalidade Penal Moderna: um “nó górdio” ao redor da obrigação de punir

Esse mesmo esforço de reconstrução Pires (1998) realiza em relação à obra de Kant, descrevendo sua teoria da pena criminal também na forma de um objetivo e cinco princípios. E, igualmente, propõe uma nova leitura de Kant que extrapola os limites da racionalidade penal moderna, oferecendo elementos teóricos para a renovação de nossa forma de pensar a justiça criminal. Aspectos que, infelizmente, não posso desenvolver neste texto.

De qualquer forma, partindo da hipótese de que a reconstrução do pensamento de Beccaria e Kant, no tocante à pena criminal, permite explorar certos aspectos da racionalidade penal moderna, considerada um sistema de pensamento diferenciado do resto do direito, Pires (1998: 209) visa demonstrar a possibilidade de termos construído, com as teorias modernas da pena criminal, um “nó górdio” ao redor do direito de punir. Muito além da interpretação do pensamento dos diversos autores, seus pontos de divergência e convergência, o objetivo é “projetar o que conjuntamente construíram ademais das diferenças que são visíveis à escala da individualidade desses autores” (PIRES, 1998: 209). Não se trata, portanto, de buscar responsáveis pelo sistema de pensamento no qual hoje nos encontramos, mas, sim, de compor uma estrutura teórica ampla e comum aos saberes penais que transpasse as diferenças que existem apenas em escala reduzida.

O direito de punir, no pleno sentido da expressão, é concedido ao Estado apenas com o Iluminismo. Em que pese o abrandamento da severidade das leis, no período pré-clássico, isto é, antes do advento da obra de Beccaria, o que se outorgava ao Estado era em grande medida uma “autorização” ou uma “prerrogativa” de punir. O caráter obrigatório da punição emerge, portanto, no momento em que o saber filosófico e jurídico, por meio das teorias da pena criminal, erige uma “razão punitiva”, mediante a qual se projeta uma imagem de que a pena criminal é equilibrada, ou seja, “nem

moderada, nem cruel, mas devida” (PIRES, 1998: 215).

A contribuição das duas grandes correntes filosóficas da época moderna, que articularam duas das três principais teorias contemporâneas da pena, sacramenta o nó górdio ao redor da obrigação de punir. O utilitarismo moderado de Beccaria sustentou a necessidade de punir todos os pequenos ilegalismos penais, para não enfraquecer o efeito da dissuasão (exigência pragmática e política). Kant, no quadro da teoria retributivista, sustentou que a pena é um imperativo categórico, isto é, uma obrigação moral incontornável: devemos punir mesmo se a pena for inútil. Anselm Von Feuerbach (1801), um utilitarista como Beccaria, fecha o círculo da razão punitiva: ele transforma explicitamente a exigência pragmática, política e moral de punir em uma “consequência jurídica necessária” da transgressão. “Com efeito, nós temos então três ‘boas’ razões de punir: uma necessidade pragmática e política (Beccaria, Bentham), uma necessidade moral (Kant) e uma necessidade jurídica (Feuerbach)” (PIRES, 1998: 216).

A idéia de “proteção da sociedade”, por exemplo, assume, na teoria utilitarista, a forma de “apenas a punição (em sentido estrito) é capaz de proteger a sociedade”. A teoria retributiva de Kant, aparentemente, modifica esse sentido ao deslocar o fundamento do direito de punir do “proteger a sociedade” para o “fazer justiça”, sem que, com isso, modifique a orientação punitiva da justiça penal. Isso porque, mesmo concebendo outras maneiras de fazer justiça que não recorram à idéia de pena igual ao crime, Kant não as aceita em matéria penal. Desse modo, tanto a noção de “proteção da sociedade” quanto a de “justiça (retributiva)” são investidas de intencionalidade punitiva, o que revela a ausência de distinção entre ambas no tocante ao princípio da última instância ou da moderação (PIRES, 1998: 216).

A noção de “autorização de punir” passa, então, a ter uma conotação de dever, tornando-se uma “autorização-comando hierárquico carente da possibilidade de privilegiar uma alternativa” (PIRES, 1998: 217). É mediante o banimento da “autorização como prerrogativa de não punir” que as teorias clássicas da pena contribuem fortemente para a construção de uma disposição cultural em favor da punição.

Referências

- BECCARIA, Cesare (1764). *Dos delitos e das penas*. Trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PIRES, Álvaro. Consideraciones preliminares para uma teoria del crimen como objeto paradójal. *Revista Ultima Ratio*, ano 1, n. 0, p. 213-255.
- _____. La criminologie d’hier et d’aujourd’hui. In: *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de L’Université d’Ottawa, 1995. v. I.
- _____. La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle. In: *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de L’Université d’Ottawa, 1998. v. II.
- _____. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. La línea maginot en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 46, p. 11-45, jan./fev. 2004.
- _____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.
- _____. Responsabilizar ou punir? A justiça juvenil em perigo. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo (Org.). *Novas direções na governança da justiça e*

da segurança. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

_____. De quelques enjeux épistémologiques d'une méthodologie générale pour les sciences sociales. In: *La recherche qualitative: Enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Poupard, Deslauriers, Groulx, Laperrière, Mayer, Pires (Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives). Montreal: Gaëtan Morin Éditeur, 1997.

- 1 Doutora em Direito pela USP. Professora de Direito Penal da Direito GV.
- 2 A denominação é de RADZINOWICH, L. (1948). *A history of english criminal law and its administration from 1750*. 1. The movement for reform. Londres: Stevens & Son Limited citado em PIRES (1998: 55).
- 3 Trata-se de nome fictício presumido por Pires a partir do que está escrito à mão sobre a caixa do microfilme nos arquivos da Harvard Law School Library.
- 4 OLLYFFE, G. (1731). *An essay humbly offered, for an act of parliament to prevent capital crimes, and the lost of many lives; and to promote a desirable Improvement*. London: G. Downing citado em PIRES (1998:70).
- 5 MADAN, M. (1785). *Thoughts on executive justice, with respect to our criminal laws particularly on the circuits dedicated to the judges of anise*. London: G. Dodsley citado em PIRES (1998:70).
- 6 PALEY, W. (1785). *The principles of moral and political philosophy*. London: R. Faulder, 1786 citado em PIRES (1998:75).
- 7 A noção de “saber sério” cumpre dois objetivos: o primeiro, de ordem metodológica, é funcionar como critério de avaliação da pertinência e, portanto, da inclusão/exclusão de material empírico. E o segundo consiste em fornecer uma designação mais ampla, apta a englobar o conjunto dos saberes científicos, jurídicos, políticos e filosóficos sobre a questão criminal antes, durante e depois do período “pré-científico” (século XVIII). Pires toma emprestada essa noção de Dreyfus & Rabinow. DREYFUS; RABINOW. *Michael Foucault*. Un parcours philosophique. Paris: Gallimard, 1984. PIRES (1998).
- 8 As citações da obra de Beccaria foram extraídas da edição brasileira de 1999, da Martins Fontes. Para elaboração do texto original, Pires utiliza uma série de edições italianas e francesas. As citações foram extraídas da edição francesa publicada por Flammarion, em 1979.
- 9 É necessário esclarecer, mesmo brevemente, que o pressuposto da “vontade livre” — fundamento privilegiado por retributivistas — não ocupa um lugar central, mas tampouco é de todo negligenciado no pensamento de Beccaria. PIRES, Álvaro. La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle. In: *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Perspectives criminologiques, p. 118-123 e 125.
- 10 Considerar, por exemplo, a restituição da coisa furtada uma resposta penal suficiente e adequada.
- 11 A representação da proporcionalidade nos retributivistas pauta-se na noção de igualdade, em uma relação de correspondência intrínseca, de equilíbrio ou identidade, entre uma ação particular e a pena que lhe convém. PIRES, Álvaro. La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle. In: *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Perspectives criminologiques, p. 138.
- 12 Pires se refere aqui à contribuição do princípio da proporcionalidade ao combate dos flagrantes abusos do sistema antigo, como a aplicação da pena de morte aos delitos de furto e roubo, bem como à utilização de penas indeterminadas, sustentada pelos positivistas italianos no final do século XIX. PIRES, Álvaro. La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle. In: *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Perspectives criminologiques, p. 139-140.

IV

DOUTRINAS E ESCOLAS PENAIS

Sumário

27 — Os fins da pena. 28 — Teorias relativas ou utilitárias. 29 — O correcionalismo. 30 — Teorias absolutas. 31 — Teorias mistas. 32 — Escola Clássica e Escola Positiva. 33 — Os postulados clássicos sintetizados no conceito de delito. 34 — A concepção antropológica. 35 — Classificação dos criminosos. 36 — Súmula dos antagonismos entre as escolas fundamentais. 37 — As correntes ecléticas. 38 — Realizações práticas da Política Criminal. 39 — Novas tendências penais.

Introdução

A Teoria da Pena segue, em boa parte, idêntica àquilo que Basileu Garcia traz neste capítulo de suas *Instituições*: a pena justifica-se tanto por um fundamento retributivo, segundo o qual ela é o meio de devolver ao agente o mal representado pelo crime cometido, quanto por um fundamento preventivo, segundo o qual é também o seu papel impedir que novos crimes sejam praticados, não só pelo apenado mas também pelo restante da sociedade.

Desde a época em que Basileu Garcia escreveu, pouco desse paradigma mudou na doutrina jurídica nacional. Ao contrário, a Parte Geral de 1984 só fez consolidá-lo ao estabelecer que a pena deve ser aplicada de acordo com o que se mostre necessário e suficiente para a “prevenção e reprovação do crime” (Código Penal, art. 59, e Exposição de Motivos, n.º 50). Como a legislação vigente tem grande peso sobre as construções teórico-penais, não espanta que

grande parte dos autores continue afirmando que a pena serve tanto para retribuir (teoria absoluta) quanto para prevenir (teoria relativa) o crime. Nesse sentido, ver, entre outros, Reale Jr. e Prado (REALE JR., 2003: 84 e PRADO, 2000: 538).

No entanto, desde que existem, as teorias da pena são objeto de intensas críticas e de questionamentos. Entre os autores que se dedicam a recontar o papel desempenhado por essas teorias na cultura jurídica ocidental merecem destaque os trabalhos do Professor Álvaro Pires. Indispensável consultar, nesse sentido, o texto “Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires”, no final do Capítulo III deste livro. E ainda o artigo de Álvaro Pires (PIRES, 2005).

Vale destacar também os questionamentos dirigidos a essas teorias tanto por contribuições da criminologia quanto a partir de reformulações teóricas experimentadas dentro da própria dogmática penal.

À teoria tradicional da pena, Alessandro Baratta propõe uma alternativa que visa abarcar as funções efetivamente desempenhadas pela pena no universo discursivo, de um lado, e na *praxis* social, de outro. Por isso, o criminólogo italiano propõe que a pena tem, além das funções declaradas pelas teorias que dela se ocupam (prevenção e retribuição), funções reais, que correspondem ao papel efetivamente desempenhado por ela na estrutura social (BARATTA, 2002: 183 e ss.).

Segundo Baratta, as teorias penais tradicionais, que concebem a sanção penal como um instrumento de combate ao crime, tratam o problema epistemológico das funções da pena sob um enfoque idealista (ou ideológico). A despeito da ampla difusão dessas correntes, os êxitos de uma tal teorização são, segundo ele, duvidosos: a incapacidade da pena em dar efetivo cumprimento a seus objetivos declarados — ela não tem se mostrado um instrumento útil de prevenção ao crime nem de reinserção social do apenado — é uma refutação empírica à tese de que a pena é instrumento eficaz de prevenção.

Ademais, as pesquisas da sociologia e da história do sistema carcerário acerca do papel funcional do cárcere nas sociedades contemporâneas têm chegado a conclusões distintas no que tange às funções da pena. Elas têm contraposto às funções apontadas pelas teorias da retribuição e da prevenção uma concepção de pena que, no entender de seus defensores, é mais apta a explicar o verdadeiro papel que a sanção penal desempenha — daí o porquê de se falar em funções “reais” da pena.

Essa corrente é fortemente influenciada por Rushe e Kirchheimer (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004). Os autores questionam fortemente as duas principais premissas das teorias da pena. A primeira delas é que, para essas teorias, “a pena é uma resposta à criminalidade, um meio de luta contra ela” (BARATTA, 2002: 191). Essa é a premissa fundamental, a razão de ser da pena: combater, fazer frente ao crime. A segunda premissa é que, de acordo com essa visão tradicional, a pena serve para esse fim — combater o crime — em todo e qualquer momento histórico: logo após a Revolução Industrial, durante o capitalismo monopolista, na era da globalização do capital e em todas as outras que estão por vir.

No tocante ao primeiro ponto, Rusche e Kirchheimer dedicam o penúltimo capítulo do livro à discussão do argumento, freqüentemente utilizado até os dias de hoje, segundo o qual o aumento da criminalidade é resultado de liberalidade excessiva e, ao contrário, pode-se diminuir a taxa de criminalidade intensificando-se a punição. Os autores apontam que não há prova dessa relação, isto é, ninguém se ocupou seriamente em demonstrá-la. E, a partir daí, passam a estudar as estatísticas inglesas, francesas, alemãs e italianas das primeiras décadas do século XX para mostrar, em primeiro lugar, que não há relação entre o número de crimes conhecidos pela polícia e os crimes efetivamente conhecidos — antecipando o que mais tarde chamaríamos de “cifra negra”. E, em segundo lugar, analisando detidamente os dados, por ano, tipo de crime e modo de punição

empregado (prisão por diferentes períodos, multa, suspensão da pena etc.), que “não há base para que se assuma que a política de punição afeta a criminalidade” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004: 266). Em face disso, os autores concluem que “a taxa de criminalidade não é afetada pela política penal, mas está intimamente dependente do desenvolvimento econômico” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004: 266).

A segunda premissa é objeto da tese geral formulada no livro *Punição e estrutura social*. Essa tese vincula as mudanças ocorridas no regime de penas com as transformações do sistema capitalista, especificamente no mercado de trabalho: “Todo o sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004: 20). Essa formulação resume o conjunto de argumentos expostos no livro que relacionam o mercado de trabalho ao regime de penas. O raciocínio seria o seguinte: em períodos em que o trabalho é abundante, a política penal pode ser descuidada com as vidas humanas, como tendeu a ser o final da Idade Média, quando as penas corporais e a pena de morte eram muito difundidas. Contudo, em momentos históricos em que a demanda por trabalho ameaça exceder a oferta — como ocorreu em algumas partes da Europa durante o Mercantilismo — o Estado e as instituições penais estariam menos preparados a dispensar a força de trabalho dos detentos e mais propensos a colocá-los para trabalhar. Dessa forma, a utilização de penas como as galés, a deportação, o trabalho forçado, as casas de correção e até mesmo alguns modelos de reabilitação do século XX tem sido moldada pela preocupação em utilizar a força de trabalho de condenados pela prática de crimes e apresenta claros exemplos de que os interesses econômicos são o fator determinante das inovações na política de penas (GARLAND, 1990: 93).

Somando a negação do vínculo entre taxa de criminalidade e política penal com os estudos específicos das práticas penais desde a Idade Média até o Fascismo, ambos a partir de dados

empíricos, Rusche e Kirchheimer conseguem formular, como nenhum outro autor antes deles, a historicidade da pena:

A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre crime e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isto tudo tem que acabar. A pena não é nem uma simples consequência do crime, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais. (...) A pena como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004: 19).

Ao lado da profícua atividade de crítica às teorias da penas e ao sistema penal que o livro *Punição e estrutura social* inicia, é possível identificar também, no interior da dogmática penal, alguns questionamentos nesse sentido. Claus Roxin, por exemplo, buscou romper com as teorias penais mistas tradicionais, ao defender a necessidade de se excluir a retribuição da teoria penal contemporânea (ROXIN, 1997: 81 e ss.).

Para Roxin, a retribuição não poder ser parte de uma fundamentação cientificamente válida da legitimidade da pena nos dias de hoje, por diversos motivos. Em primeiro lugar, se a missão do Direito Penal é tutelar bens jurídicos relevantes, não se pode conceber a aplicação de uma pena desvinculada de qualquer finalidade social, como é a pena retributiva, pois “a idéia de retribuição exige também uma pena nos casos em que, do ponto de vista da proteção de bens jurídicos, nenhuma pena seria necessária” (1997: 84). Em segundo lugar, a pena como retribuição de um mal está ligada à idéia de culpabilidade proveniente do livre-arbítrio, algo que deveria ser evitado por absoluta indemonstrabilidade

científica. Em terceiro lugar, contra a pena retributiva também depõem consequências indesejáveis do ponto de vista da política social, já que uma pena fundada na retribuição muitas vezes não é capaz de suprir adequadamente um eventual déficit de socialização do apenado, e por isso não é um instrumento eficaz de prevenção criminal.

A alternativa à pena retributiva seria a pena exclusivamente preventiva, construída por meio de um balanço entre finalidades de prevenção geral e especial. É o que Roxin chama de “teoria unificadora preventiva” (ROXIN, 1997: 95 e ss.). Por esse critério, a pena deve ser aplicada sempre segundo as necessidades de prevenção de cada caso concreto: a medida da pena seria dada pelas necessidades preventivo-gerais ligadas à conduta, e preventivo-especiais ligadas ao agente.

A pena seria calculada, assim, com vistas a duas espécies de necessidades diferentes (prevenção geral e prevenção especial). Se em muitos casos isso é um cálculo relativamente simples de se fazer, em outros, no entanto, problemas específicos surgem, notadamente quando cada um desses dois critérios reclama quantidades diferentes de pena. Quando, por exemplo, um jovem de passado incólume envolve-se em uma rixa que acaba por provocar a morte de alguém, o conflito entre prevenção geral e prevenção especial pode surgir. Nesse caso, a prevenção geral recomendaria uma pena relativamente alta, pois se trata de uma conduta que convém reprovar e de um valor violado (vida) que convém reafirmar com vigor. Do ponto de vista preventivo-especial, no entanto, a pena recomendável seria baixa: dados os efeitos deletérios do cárcere, não convém enviar à prisão um jovem que até então levou uma vida insuspeita; uma pena longa, nesse caso, poderia ter um efeito dessocializador, o que seria totalmente contrário às necessidades de prevenção especial, ainda que recomendado do ponto de vista preventivo-geral.

Nesses casos, a solução viria de um equilíbrio entre as necessidades preventivo-especiais e preventivo-gerais: para Roxin, as necessidades de

prevenção especial devem prevalecer, desde que se assegurem o mínimo de pena necessário do ponto de vista preventivo-geral e o máximo permitido de acordo com o limite oriundo da culpabilidade do agente (ROXIN, 1997: 96 e ss.).

Referências

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 5, p. 5-24, jan./mar. 1994.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- PIRES, Álvaro. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. v. 1.
- REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2003. v. II.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro — I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

27 — O problema do objeto do Direito Penal — considerada particularmente a pena, que é o seu mais importante meio de ação — tem sido alvo do atento exame dos grandes cultores desse ramo da ciência jurídica, que, em face da inseparável correlação dos assuntos, o entrelaçam à análise dos fundamentos do direito de punir.¹

Castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir ou regenerar, readaptar, proteger ou defender — eis variados verbos que, na diversidade das opiniões, indicam as finalidades possíveis do Direito Penal e, através destas, as razões da sua existência. Para precisar essas finalidades, elaboraram-se doutrinas, reunindo maior ou menor número de adeptos. E algumas tiveram irradiação tão ampla, que passaram a constituir escolas, as quais intentaram delimitar-se pela fixação de toda uma série de idéias centrais sobre as mais graves questões da nossa matéria.

As doutrinas acerca dos fins atribuídos à pena podem classificar-se em absolutas, relativas ou utilitárias e mistas. Três lemas indicam-lhes a essência: *punitur quia peccatum est* (absolutas); *punitur ut ne peccetur* (relativas ou utilitárias); *punitur quia peccatum est et ne peccetur* (mistas). Pune-se porque pecou; pune-se para que não peque; pune-se porque pecou e para que não peque.

O entendimento da “pena” como “expição de pecados” (*punitur quia peccatum est*) só pode ser aceito figurativamente, em face dos regramentos constitucional e infraconstitucional em vigor. Em primeiro lugar porque um Estado republicano e laico como o nosso não detém legitimidade para impor expiação de pecados. Em segundo lugar porque — entendendo-se “pecado” metaforicamente como qualquer ato desviante, inclusive o crime — porque um Estado Democrático de Direito como o nosso, que (i) assegura o livre exercício de atividade intelectual (Constituição de 1988, art. 5.º, IX); (ii) garante que ninguém será privado de seus direitos por razões de crença religiosa ou convicção política (idem, VIII); (iii) estatui a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença (idem, VI); e (iv) torna livre a manifestação de pensamento (idem, IV), faz que o foro íntimo de qualquer de seus cidadãos seja inviolável e inacessível. Um tal Estado, por conseguinte, proíbe a si mesmo de estabelecer regras morais (ZAFFARONI; BATISTA, 2003: 225). Disso decore, como corolário, a proibição absoluta de qualquer caráter expiatório que se pretenda atribuir à pena: uma pena que se pretenda expiatória é inconstitucional, portanto. É preciso ter em mente que o art. 3.º da Lei de Execução Penal (LEP) garante aos condenados todos os direitos não suprimidos pela condenação, entre os quais se incluem todos os ligados à liberdade de seu foro íntimo — tanto assim que a LEP garante ao condenado o direito de não se ver obrigado a participar de qualquer atividade religiosa (art. 24, § 2.º). Assim, a expiação não pode ser vista, hoje, como fundamento ou objetivo da sanção penal, já que ela “constitui um ato moral íntimo da pessoa, cuja imposição externa é impossível” (ZAFFARONI; BATISTA, 2003: 225). Contudo, é de se registrar que os brocardos latinos citados por Basileu Garcia incorporaram-se à cultura jurídica brasileira e à estrangeira como brocardos jurídicos, e seguem por essa razão muito utilizados.

Evidentemente, o reduzido âmbito deste trabalho não permite mais que esboçar os lineamentos das correntes doutrinárias. Omitiremos por isso muitos nomes que, pela sua importância na elaboração penal, poderiam ser citados, se o plano da exposição não fosse tão-só o de ministrar uma compreensão geral do assunto e conduzir, por fim, à apreciação, um pouco mais detida, das escolas fundamentais.

São doutrinas relativas ou utilitárias todas aquelas que conferem à pena uma utilidade. Discrepam no determinar qual seja a utilidade. Porque, realmente, à pena pode ser concedida grande variedade de funções, conforme o ângulo em que se coloque o observador.

Pode-se, com ela, visar a prevenção especial: considerar-se-á dirigida a sua aplicação à pessoa que a sofre — o condenado, objetivando-se a sua readaptação social, a sua emenda, senão mesmo a sua mera segregação ou outro meio para

impedi-lo de delinquir. Pode-se ter em mira a prevenção geral, representada pela intimidação dirigida ao ambiente social: através da pena, procurar-se-á estabelecer meios coativos suscetíveis de influir no ânimo de todos aqueles que estejam inclinados a cometer um crime. Essas diferentes funções se ligam à afirmação de que a pena é útil.

Para outro gênero de doutrinas, entretanto, não colima a pena qualquer utilidade. Deve ter em vista um sentido de justiça absoluta. Impõe-se, não visando um benefício para o criminoso ou mesmo para a sociedade, mas porque o delinquente a mereceu, como um castigo. Não tem outro intuito senão o sancionador, de retribuição do mal pelo mal.

Ái estão delineadas as correntes antagônicas: as relativas e as absolutas.

Sempre que se formam doutrinas assim extremadas, inevitavelmente surgem teorias conciliatórias, que procuram a virtude do meio termo. Apareceram as teorias mistas. Entendem os seus partidários que é possível assinalar escopos independentes do sentido sancionador, punitivo, na pena, a qual também representa punição, castigo.

28 — A doutrina de BECCARIA enquadra-se entre as relativas, porque, para esse publicista, que foi mesmo o fundador do ponto de vista utilitário nas doutrinas penais, a pena não se destina a anular um fato nocivo já cometido, e sim impedir que o culpado continue a delinquir, bem como desviar os seus concidadãos da possibilidade de cometerem crimes.

Também são utilitárias as teorias de JEREMIAS BENTHAM, ANSELM VON FEUERBACH e GIAN DOMENICO ROMAGNOSI. O ilustre FLORIAN, da Escola Positiva, no seu estudo sobre as doutrinas penais, chama, a esses três vultos, os pais do positivismo no Direito Penal. Quando se sabe que o positivismo penal tem em elevado apreço a defesa social contra o delito e o delinquente, tal frase passa a ser oportuno esclarecimento ao penetrar-se nas teorias desses três pensadores, que surgiram na Filosofia e no Direito Penal muito antes daquela corrente criminológica e mesmo antes que se consolidasse a Escola Clássica. Para que assim pudessem ser chamados, era preciso que, nas suas obras, palpitasse já o anseio da defesa social que caracterizou, posteriormente, a Escola Positiva.

E, realmente, para os três citados criminalistas, ao Direito Penal cumpre essa função necessária de defesa da sociedade. Preocupam-se eles, principalmente, com a intimidação trazida pela pena. BENTHAM e FEUERBACH emprestam maior importância à prevenção geral, à função da pena que se relaciona com a intimidação.

Existe na pena uma dupla possibilidade de ameaça: a ameaça que se dá através da sua cominação e a que se dá através da sua execução.

Cominação é a ameaça contida em abstrato na pena. Quando uma disposição legal declara que tal ato será punido com tal pena, não está impondo, mas simplesmente cominando, para aquele ato, aquela pena. Além dessa fase cominatória da pena, há a sua fase de imposição e depois a de execução, criando para o delinquente uma coação, que deixa de ser simplesmente psicológica, para passar a ser física.

Distinguem-se, pois, em relação à pena, duas espécies de coação: física e

psicológica. Física, a que se exerce concretamente sobre a pessoa do agente. Psicológica, a que, exercendo-se também sobre determinado indivíduo, se volta principalmente para o ambiente social, em geral. E a psicológica decorre, não somente da fase cominatória da pena, como da própria coação física, porque, ao se verificar que o culpado por um crime vai sofrer a coação física, se reaviva no ambiente social a noção de que o crime é punido e de que, portanto, deve ser evitado.

A obra fundamental de BENTHAM, *Teoria das penas e das recompensas*, data de 1818. Mas alguns dos seus escritos anteriores haviam sido compulsados pelos próceres da Revolução Francesa, que grandemente se influíram na sua filosofia. A pena, para ele, é um mal individual, como sofrimento que representa para o seu destinatário, e um mal coletivo, dados os ônus que acarreta à coletividade. Só pode ser infligida em razão da sua utilidade — eis a assertiva primacial no seu sistema. Ao aplicá-la, deve-se tornar mais sensível a sua perspectiva, para o delinquente eventual, que o desejo de praticar o crime, de maneira a induzi-lo a abster-se, ante a alternativa de sofrer a pena. Opondo-se aos excessos punitivos, BENTHAM recomenda a pena de prisão, por se afigurar temível aos delinquentes, como duradouro mal que é. As visitas às prisões teriam, sobre outras vantagens, a de conferir publicidade ao mal da pena, generalizando-se mais, assim, a sua necessária influência intimidativa na comunidade.

Figura de projeção no início da fase penitenciária do Direito Penal, o filósofo inglês consagrou-se, também, a criações práticas, tendo idealizado o célebre Panopticum, estabelecimento presidiário de forma circular, cujas celas todas seriam vigiadas pelo diretor, colocado no centro da construção.

FEUERBACH,² criminalista alemão, desenvolveu as idéias de BENTHAM. Com ele começa o Direito Penal moderno. A sua cooperação para o desenvolvimento dessa matéria jurídica foi enorme. Frequentemente se encontra, em diversos assuntos da disciplina, a sua contribuição para a solução dos problemas. Um dos códigos que deixaram diretrizes para o nosso de 1890, através do de 1830, é o da Baviera, cujo projeto é da autoria de FEUERBACH. Na sua teoria, sobressai a noção do influxo intimidativo, que insiste ser predominante. A pena, para ele, tem principalmente em vista exercer a coação psicológica, mediante a ameaça penal. E através da execução se confere seriedade à ameaça.

A doutrina de GIAN DOMENICO ROMAGNOSI constitui reação à do contrato social, que BECCARIA buscou em ROUSSEAU e acerca da qual este, por sua vez, se inspirou em HUGO GROTIUS. Julga inaceitável que os homens se tenham reunido em sociedade por um pacto, por um contrato. Reuniram-se, diz, por necessidade. Sustenta ser inadmissível que o Direito preexistisse à organização da sociedade, como querem os contratualistas. Sucedeu à formação da sociedade, como lógica decorrência desta. Sendo mister que se tutelassem as relações entre os homens e se evitassem os delitos, surgiu fadado a essa missão o Direito Penal.

Para ROMAGNOSI, o Direito Penal não se destina a exercer vingança, atormentando seres sensíveis, mas tem por fim evitar os crimes. Nesse sentido preventivo o famoso escritor se aproxima da teoria da Escola Positiva, à qual, ainda, se antecipou, nas páginas clarividentes que escreveu acerca do problema da profilaxia criminal. Acha que as penas devem procurar incutir temor. Usa, então,

expressões até hoje empregadas: *spinta criminosa* e *contro-spinta penale* (impulso criminoso e contra-impulso penal). Isto é: em oposição ao impulso criminoso, é preciso que surja a pena (contra-impulso). Ora, a *contro-spinta penale* deve estar em proporção à *spinta*, a fim de que seja eficaz. De modo que ROMAGNOSI deduz a natureza e a medida da pena dessa proporção; ou seja: o temor que se deve incutir, através da pena, necessita atender à relação entre o impulso e o contra-impulso penal, tendo-se em vista — aliás, de acordo com o que já proclamara BECCARIA — que no estabelecer essa proporção não deve o legislador ir além do necessário.³

29 — São indispensáveis algumas considerações acerca de CARLOS DAVID AUGUSTO ROEDER. A sua doutrina surgiu como se fosse um paradoxo, dado o seu espírito inovador e revolucionário em relação às tendências da época. Professor da Universidade de Heidelberg, na Alemanha, ROEDER submeteu a meticulosa análise as teorias fundamentais sobre o delito e a pena. Para ele, a pena tem em vista corrigir a injusta e perversa vontade do criminoso. Mas, se visa esse objetivo, é claro que não se justificaria fosse ela fixa, determinada, como era concebida então e mais notadamente foi estabelecida no sistema da Escola Clássica. Consequência desse papel exclusivo de emenda conferido à pena é a sua indeterminação: ROEDER, que escreveu em 1839, chegou a esta inferência, ousada para o seu tempo: admitia a possibilidade de cessar a execução da pena quando se tornasse desnecessária. Lançou, assim, o germe da sentença indeterminada.

Conhecem-se hoje dois tipos de sentença indeterminada. A absolutamente indeterminada é aquela privada de quaisquer limites, mínimo ou máximo. Por ela obriga-se o condenado a cumprir uma pena suficiente para se regenerar. A pena relativamente indeterminada é a que tem um dos limites, ou o mínimo ou o máximo, ou tem ambos, sendo então imposta sem designação de prazo entre dois extremos conhecidos.

As penas indeterminadas, cuja implementação no Direito brasileiro foi muito discutida nas primeiras décadas do século XX e que tiveram em Astolpho Rezende um grande defensor, estão hoje fora da pauta das reformas penais, tanto pela proibição constitucional de penas que tendam à perpetuidade (art. 5.º, XLVII, b), quanto pelo descrédito que hoje recai sobre o positivismo penal mais exacerbado, que é a matriz intelectual dessa espécie de pena.

As idéias referentes à sentença indeterminada, que são muito adiantadas, tanto que até hoje só puderam ter concretização limitada a imperfeita, lançou-as ROEDER, embora não haja empregado, naturalmente, a expressão — sentença indeterminada.

É interessante notar-se que esse pensador prussiano não ganhou prosélitos no seu país. A sua teoria, entretanto, difundiu-se na Europa, principalmente na Espanha. Os escritos de DORADO MONTERO e da criminalista CONCEPCIÓN ARENAL são o desenvolvimento da doutrina de ROEDER, à luz de novos princípios.⁴

DORADO MONTERO, em *El Derecho protector de los criminales*, pugnou pela

implantação de métodos corretivos e tutelares que, sem a índole de castigo, redimissem o delinqüente.⁵

Acostumados todos nós a ouvir falar de um direito protetor da sociedade, o título desse livro reclama a explicação que o autor ministra. O Direito Penal visa converter o criminoso em homem de bem. É preciso subtraí-lo à esfera das causas perversoras que o rodeiam e o conduzem à prática do mal. Devem ser-lhe aplicados os meios ressocializadores adequados às suas tendências, às falhas da sua personalidade. Ao Estado cabe ampará-lo, tal qual faz com outros deficientes, porquanto dá curador ao louco e tutor ao menor a que falta a assistência dos pais.

Em síntese, a teoria correcionalista sustenta que o direito de reprimir os delitos deve ser utilizado pela sociedade com o escopo curativo: reprimir curando. Não se deve pretender castigar, infligir mal, e sim, tão-só, regenerar o delinqüente.

De CONCEPCIÓN ARENAL, cita-se a frase de que “não há criminosos incorrigíveis, e sim incorrigidos”. Inspira essas palavras a esperança da emenda de todos os criminosos.⁶

Mas, desgraçadamente, parece temerária a afirmação da corrigibilidade de certos criminosos. Há indivíduos cujo organismo psico-físico se acha indelevelmente marcado, por influências que se afiguram irremovíveis, para a prática de todo gênero de atos lesivos. Na idade adulta, são portadores de graves deformações do caráter, que provêm do ambiente social ou familiar em que viveram na infância. A tempo, teria sido, talvez, possível desviá-los do crime. Não, porém, depois que a predisposição malfazeja se enraizou, alimentada pelo hábito e pelo vício.⁷

Um dos mais brilhantes nomes do Direito Penal hodierno é LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Os seus livros devem ser consultados, recomendam-se aos cultores do Direito Penal. Nota-se na obra de ASÚA grande interesse pelo correcionalismo. Aliás, ele se considera discípulo de DORADO MONTERO, embora não tenha privado com o magistral idealizador de um Direito de proteção aos anti-sociais. Pode-se dizer que o correcionalismo de ROEDER, transfundido na obra de DORADO MONTERO, teve em ASÚA o mais entusiasta e o mais eficiente dos seus expositores modernos.

ASÚA merece a designação de o mais fecundo penalista moderno. A sua produção assombrosamente avultada, em monografias e escritos de toda ordem, em que os mais variados aspectos do Direito Penal foram esquadrihados, culminou na publicação, entre os anos de 1964 a 70, dos sete alentadíssimos volumes do seu *Tratado de Derecho Penal*, elaborado em Buenos Aires, e cujo prosseguimento, que alcançaria dimensões até agora desconhecidas em nossa disciplina, foi obstado pelo falecimento do pranteado escritor.

30 — EMANUEL KANT, o célebre filósofo, também encarou os problemas da Filosofia Penal, preconizando a doutrina da justiça absoluta, que exclui, na pena, toda idéia utilitária. As suas obras principais são a *Crítica da razão pura*, de 1781, e a *Crítica da razão prática*, de 1788.

Para KANT, a pena tem como finalidade única o restabelecimento da ordem moral, perturbada pelo crime. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O Estado acha-se adstrito a assegurar essa compensação.

O delinqüente deve ser punido porque o mereceu. Não há cogitar-se de vantagem para a pena, visto como esta não representa mais que a satisfação de um

imperativo categórico gravado na consciência. A razão nos ensina que, sempre que se dá um crime, é preciso que o seu autor seja castigado.

Para bem apreciar o seu conceito de justiça absoluta, relembre-se este apólogo. Se existisse em determinada ilha uma sociedade prestes a dispersar-se, e se aí se encontrasse um delinqüente condenado à morte, a sociedade não se deveria dissolver sem eliminar o culpado, pela pena capital. Embora não oferecesse utilidade, a execução do derradeiro sentenciado não poderia ser dispensada, porque a estaria a impor uma lei moral superior.

A doutrina de KANT é espiritualista. À sua escola pertence HEGEL, para quem o direito é a manifestação da vontade racional; a pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional. Serve a pena para restaurar uma idéia, precisamente para restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito.

A teoria em apreço, também chamada — da retribuição, ou da expiação, exerceu enorme influência entre os juristas da Escola Clássica, na qual foram inúmeros os vultos que a professaram, embora introduzindo-lhe, por vezes, modificações, como o insigne mestre napolitano ENRICO PESSINA,⁸ cujo prestígio só foi excedido por FRANCESCO CARRARA. Na França, entre outros, defendeu-a denotadamente JOSEPH DE MAISTRE, o autor das *Soirées de Saint-Pétersbourg*, escritor de índole autoritária, que considerou a Justiça penal pelo prisma religioso, como delegação divina aos soberanos, meros instrumentos de Deus na terra. Assim, mesmo com as suas possíveis iniquidades, a repressão penal estaria sempre certa, e até os erros judiciários se desculpariam, pois as suas vítimas poderiam estar purgando faltas passadas.

A concepção absolutista é, cronologicamente, a primeira das teorias sobre a pena, porque, latente em todas as coletividades humanas, coincide com o próprio sentimento popular em revolta contra os atos dos criminosos. E, desse modo, remonta à pré-história do Direito Penal.

Entretanto, o progresso dessa disciplina tem consistido em depurá-la da eiva de vingança, nociva ao aperfeiçoamento moral da humanidade e degradante para os órgãos incumbidos da repressão criminal. Se é irreprimível a emoção que, nos primeiros momentos após um cruel atentado, nos leva a entrever na pena, como GROTIUS, nada mais que o *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*,⁹ a repulsa vindicativa, nos tempos em que vivemos, cede necessariamente o passo ao escopo de reeducação e emenda, sem o qual o Direito Penal retrogradaria a métodos execráveis, já superados nas relações humanas.

31 — Acerca das doutrinas mistas, é de lembrar-se o nome de PELLEGRINO ROSSI — escritor nascido na Itália, mas que viveu na França e lá escreveu a sua admirável obra penal.¹⁰ Naturalizou-se francês. Acha ele que a pena é retribuição do mal pelo mal; acessoriamente, porém — diz — é também meio de educação e correção, além de meio de intimidação, e poderá até servir para levar o delinqüente ao arrependimento das ações que praticou.

De um lado, pois, acolhe a teoria da justiça absoluta, porque aceita a função retributiva da pena (a pena é um castigo), mas admite, por outro lado, que a pena tenha aquelas funções utilitárias que enumera.

A sua doutrina é, portanto, de cunho conciliatório. Sustentando o seu ponto de

vista, esse autor clássico declara não ser possível encarar-se a pena tão-somente através das funções utilitárias. Porque a utilidade, isoladamente considerada, não é suficiente legitimação para nada. E então exemplifica (o seu exemplo pertence a uma época em que a França só contava trinta milhões de habitantes): suponha-se que, na França, 16 milhões de pessoas, constituindo a maioria da população, se sentissem na necessidade de — para conservar determinada condição social, que reputassem útil ou necessária — degolar os 14 milhões restantes da população. Isso seria vedado pela moral, embora consentido pela utilidade. É que, sobre a utilidade, prevalece a moral. E no Direito Penal ela interfere poderosamente. É uma fonte indireta das regras penais. Não se pode conceber a pena pelo prisma exclusivo das vantagens práticas.

Ao lado de ROSSI, confirmado em nosso século pela lição de GARRAUD, distinguem-se GUIZOT, BROGLIE, JOUFFROY, COUSIN, no ecletismo orientado pela norma de que a pena se deve conter em duplos limites: nada mais do que for necessário e nada mais do que for justo. A pena convém à segurança social, pois que a ameaça do castigo é de molde a restringir a possibilidade de novos crimes, mas a sua imposição deve ser conforme à idéia de justiça, que lhe traça intransponíveis balizas. Um penalista da época de ROSSI, CHARLES LUCAS, a quem se devem bons trabalhos sobre a questão penitenciária, insiste no atributo de emenda moral a ser indispensavelmente acrescido à pena necessária e justa.

Essas idéias exerceram grande influência na revisão das leis repressivas realizada na França em 1832, graças à qual foram definitivamente excluídas várias modalidades cruéis, como a amputação da mão direita do parricida e a marca de ferro em brasa. E repercutiram nos códigos penais ulteriores das demais nações.

Inclui-se, também, entre os partidários das doutrinas mistas, CARMIGNANI, para quem o Direito Penal é uma imposição da necessidade de conservação da sociedade. Mas o critério-limite das suas normas é a moral. CARMIGNANI relaciona a idéia de justiça à de utilidade.¹¹

Ao elaborar a Parte Geral de 1984, foi intenção do legislador brasileiro aderir à corrente mista, justificando a cominação a e imposição das penas tanto pelo aspecto retributivo quanto pelo preventivo, afirmando que a pena deverá ser aplicada em vista de sua necessidade e eficácia para a “reprovação e prevenção do crime” (Exposição de Motivos, n.º 50). No mesmo sentido, o art. 59 do Código estatui que a reprovação e a prevenção devem ser os parâmetros para a determinação da espécie e da quantidade de pena a ser aplicada, conforme se mostre necessário e suficiente.

32 — Tem-se dito que FEUERBACH foi o fundador do Direito Penal moderno. Isso não impede, todavia, que se atribua a CARMIGNANI o lançamento da pedra fundamental da Escola Clássica, ao penetrar profundamente no conteúdo jurídico do delito, após haver sido ultrapassada a fase filosófica do precursor BECCARIA.

CARMIGNANI é tido justamente como o mais direto antecessor de CARRARA, que foi a figura máxima da Escola Clássica.¹²

E, em verdade, ao estudar-se essa escola, cumpre aludir especialmente a FRANCESCO CARRARA, a quem FERRI respeitosamente chamava — o sumo mestre de Pisa. Tratou ele de todos os assuntos do Direito Penal como ciência estritamente jurídica. A sua obra monumental, intitulada *Programma del corso di Diritto Criminale*, destinava-se a delinear, como o autor dizia, os princípios cardiais do Direito Penal. A verdade, porém, é que CARRARA cuidou, nos nove volumes desse magistral livro, do Direito Penal inteiro.

À teoria da justiça absoluta, CARRARA apresentou importante ressalva, adstrita à sua noção de tutela jurídica, limitada pela moral. “Engana-se —disse— quem encontra o fundamento do direito de punir no princípio único da justiça, sem restringi-lo aos limites da necessidade da defesa”. E esclareceu que, se é exato que nas mãos de Deus o direito de castigar não tem outra norma que a justiça, — nas mãos dos homens a sua legitimidade advém da necessidade da defesa, visto como lhes é concedido enquanto necessário à conservação dos direitos da humanidade. A teoria de CARRARA assume, pois, tonalidade mista.

A sua influência no Direito Penal é imensa. Enquadram-se numa impressionante lógica e são de um brilho extraordinário os seus escritos. O seu estilo é preciso, como se fora ele um verdadeiro legislador. Não se encontram palavras de mais, nem de menos, nos capítulos que escreve. Cuida das matérias com inteira exatidão conceitual e formal.

Viveu CARRARA 83 anos, e nessa longa existência decidiu das diretrizes estritamente jurídicas do Direito Penal. O estudo da Escola Clássica, a rigor, pode ser feito meditando-se apenas a sua obra. Nos seus pontos basilares, a doutrina dos clássicos é sempre a desse modelar criminalista.

Convém advertir que, quando se fala em Escola Clássica, se está usando uma denominação que não surgiu com essa escola. A também apelidada Escola Jurídica italiana constituiu o resultado de lenta e fecunda faina construtiva, que se iniciou com CARMIGNANI e deitou raízes nas idéias gerais propostas por BECCARIA. Foi-se estendendo, em paulatina evolução, em contínuo aperfeiçoamento da sua elaboração dogmática. Procuraram os seus grandes vultos consolidar os princípios da matéria em leis quanto possível perfeitas. O esplendor da Escola Clássica chegou ao apogeu ao ser promulgado na Itália o Código de 1889, o prestigioso Código Zanardelli — nome do então Ministro da Justiça. Mas o título de Escola Clássica foi concebido pelos inovadores que a combateram. Quando apareceu a Escola Positiva, lançada por LOMBROSO, é que se sentiu a necessidade de conferir designação global àqueles criminalistas do passado que haviam dominado incontestavelmente a ciência penal. Os positivistas voltavam-se para eles com intenção pejorativa, chamando-lhes — escola de juristas, para sublinhar a contraposição das idéias antropológicas e sociológicas.

SILVIO LONGHI, que não é clássico nem positivista, e, portanto, pode falar com imparcialidade acerca das duas principais correntes, reportando-se às expressões com que os positivistas se referiam aos clássicos, põe em relevo o alto valor das construções abstratamente jurídicas, mostrando que não se pode cogitar, no campo

penal, de problema de direito, sem que se recorra à Escola Clássica.¹³ Desprezar o seu trabalho pertinaz, realizado com tanta exatidão — pondera — seria o mesmo que, hoje, na era das armas modernas, nos pormos a criticar o arco e a flecha da antiguidade, que prestaram, a seu tempo, serviços excelentes.

Já ficou esclarecido que a doutrina antropológica, fundada pelo psiquiatra LOMBROSO, deu nova orientação ao Direito Penal, tendo em vista o estudo da pessoa do criminoso. Mas, então, a Escola Clássica não se preocupa com a pessoa do criminoso? — perguntar-se-á. É evidente que sim. Não se pode conceber o Direito Penal à revelia do delinqüente. Todavia, a preocupação da Escola Clássica com a pessoa do criminoso é acidental e secundária, ao passo que na Escola Positiva é primordial. A Escola Clássica estuda o delito como uma entidade jurídica. A Escola Positiva dá maior importância ao delinqüente que ao delito. Para ela, a periculosidade do delinqüente é dominante na fixação dos problemas relativos à prevenção e à repressão.

Os clássicos procuraram defender-se da censura de não ter cuidado do criminoso. Salientaram que a pena era aplicada, nos variados casos, com maior ou menor intensidade, tendo-se em apreço certas condições pessoais do acusado. A embriaguez, a menoridade, o sonambulismo, os estados psicopáticos, constituem condições pessoais de que, sem dúvida, sempre se cogitara, a propósito da imputabilidade criminal. Mas tais condições pessoais eram tão visíveis, tão notórias, que não poderiam mesmo ser negligenciadas pelos antigos juristas, os quais, de resto, lhes atribuíam conseqüências práticas de limitado alcance. Quanto ao mais, olhavam para o delinqüente como para um indivíduo situado em inexpressiva massa amorfa de homens.

A diversidade de posições das duas correntes quanto ao modo de considerar o criminoso esclarece-se melhor ao recordar-se que a Escola Positiva surgiu desvendando a figura do criminoso nato — o indivíduo que nasce para o crime, assinalado, que é, por estigmas de degenerescência e taras hereditárias. Esse portador de criminalidade congênita constituiria, na época moderna, uma revivescência do homem primitivo.

Para a Escola Clássica, entretanto, os homens são todos sensivelmente iguais. Não admitiu jamais que um homem pudesse nascer votado para o crime.

Enquanto para a Escola Positiva os fatores integrados à individualidade do delinqüente e os resultantes do meio físico e social determinam o crime, para a Escola Clássica o que produz o fenômeno do delito é a vontade do agente. Os clássicos não emprestam importância aos fatores biológicos, físicos (cosmo-telúricos) e sociais, postos em grande evidência pela Escola Positiva, os dos dois últimos tipos principalmente nos estudos de FERRI sobre a Sociologia Criminal.

São fatores físicos, ou cosmo-telúricos, os que fazem parte do ambiente físico que rodeia o homem, tais como as estações, a temperatura, as condições atmosféricas, o clima, a topografia do solo, a produção agrícola. São fatores sociais os que decorrem da vida em sociedade, tais como a constituição da família, a religião, a densidade da população, a educação, o alcoolismo, a organização política e econômica, o sistema legislativo.

A Escola Clássica, no campo filosófico, é partidária da doutrina do livre arbítrio.

A Positiva é determinista. Nega a liberdade das ações humanas. Para os clássicos, a explicação dos delitos é a vontade inteligente e livre dos homens, porque eles têm liberdade moral. Os positivistas, pelo contrário, entendendo que o crime não provém da vontade humana, mas dos fatores biológicos, físicos e sociais, sustentam o determinismo.

O debate é longo e interessante. Apenas serão dadas a respeito, aqui, algumas rápidas idéias.¹⁴ Os defensores da tese livre-arbitrista afirmam que nós temos a consciência da liberdade das nossas ações e que tal consciência prova existir a liberdade moral. Replica-se que o enunciado dessa afirmação é falso, porque não é certo que tenhamos sempre a consciência da nossa liberdade. Há — alega-se — povos fatalistas, que não têm a consciência da sua liberdade moral. E, depois, essa consciência, mesmo que exista, pode ser ilusória. Antes da descoberta do mecanismo do sistema solar tinha-se, erroneamente, a consciência de que a terra era fixa. Os sonâmbulos e os hipnotizados — continuam exemplificando os deterministas — também podem ter a enganadora consciência da sua liberdade.

Os positivistas foram acusados pelos clássicos de que, trazida a teoria determinista para o campo do Direito Penal, se abolia a noção de mérito e demérito das ações humanas. Se estas não provinham da vontade do homem, mas sim de fatores outros, entre os quais os fatores pessoais do delinquent, que culpa teria este de proceder mal? Entreviam os clássicos que o conceito defendido pelos positivistas iria causar grande dano à repressão criminal.

GAROFALO,¹⁵ escritor positivista, respondeu não ser verdade que o mérito e o demérito das ações humanas estejam condicionados à noção do livre arbítrio. O mérito e o demérito podiam continuar a existir em correspondência ao grau em que as ações dependessem do caráter do homem. Observava haver qualidades e defeitos que produzem mérito ou demérito, sem que provenham da vontade. E exemplificava: a coragem e a covardia. Por que é um homem corajoso? Por que há homens covardes? Não será porque o queiram ser. A covardia e a coragem não dependem da vontade. Entretanto, uma produz mérito, e a outra, demérito. Assim também o talento e a própria beleza.

Já LOMBROSO havia enunciado: recusar-se-á alguém a admirar a beleza, por ver nela um fenômeno inteiramente material e independente da vontade humana? O diamante não tem nenhum mérito em brilhar mais que o carvão. Que mulher, no entanto, seria capaz de arremessar fora os seus diamantes, sob o pretexto de que eles, no fundo, não passam de carvão? E mais ainda: nenhum antropólogo-criminalista se animaria a colocar em pé de igualdade o cretino e o homem de gênio, embora soubesse que a estupidez de um e a inteligência do outro não são mais que resultado do organismo. Que se dirá do povo que nada compreende dessas idéias? Nós coroaremos sempre de flores os túmulos dos grandes homens e lançaremos aos ventos as cinzas dos malfetores.¹⁶

Para os escritores da Escola Positiva, a vontade humana não é a causa dos nossos atos: não significa mais que a consciência deles, coincide com a sua percepção, antes de se realizarem, como consequência do processo natural de transformação das forças físicas e fisio-psicológicas. Parece-lhes que a autonomia da vontade é contrária a duas leis científicas: a da transformação das forças e a da causalidade natural.

FERRI estuda, na obra *Sociologia criminal*, o mecanismo da vontade, e invoca, para combater o livre arbítrio, essas duas leis, lembrando que, de acordo com a primeira, correlativa à de LAVOISIER sobre a matéria, a hipótese do livre arbítrio admitiria uma verdadeira criação ou destruição de forças, que se não pode conceber. Assim como, em toda série de fenômenos, nada se cria e nada se perde, mas há somente a mesma quantidade de força que toma aspectos diversos, é inadmissível — diz — uma faculdade volitiva soberana, que pudesse suprimir ou acrescentar alguma coisa, impedindo as manifestações ulteriores da atividade individual, ou alterando a energia ou a direção dessa atividade.

A lei da causalidade natural — acrescenta — opõe-se ainda à concepção de uma vontade livre na escolha entre soluções contrárias. Em virtude dessa lei, sendo todo efeito a consequência necessária, proporcional e inevitável, do conjunto de causas que o produzem, isto é, dos antecedentes mediatos e imediatos, não se pode imaginar uma faculdade capaz de realizar um efeito diferente daquele que resulta naturalmente das suas próprias causas.

A controvérsia é inçada de dificuldades. Foi para dirimi-la ou contorná-la, que surgiram outras teorias, de orientação eclética, algumas das quais procuraram arredá-la do Direito Penal, sustentando que a questão do determinismo e do livre arbítrio deve ser considerada estranha ao campo dessa matéria. O Direito Penal precisa existir para a conservação da sociedade, pouco importando que os homens sejam moralmente livres ou não.

GIULIO PAOLI, apreciando essa divergência filosófica entre as escolas, afirmou, com o seu mestre STOPPATO, que só há, na verdade, duas escolas penais: a Jurídica italiana (Escola Clássica) e a Positiva; ou seja — explicou — a que afirma e a que nega a responsabilidade moral do homem. As tendências conciliatórias posteriores não merecem, a seu ver, ser consideradas escolas.

Para os clássicos, o livre arbítrio, essência da responsabilidade moral, é a base da responsabilidade penal. Pune-se alguém, declarando-o, portanto, penalmente responsável, porque dispõe de livre arbítrio, liberdade para agir. A Escola Positiva, opondo-se ao livre arbítrio, assentou outro conceito de responsabilidade: o de responsabilidade social. Para se punir alguém, é preciso que se lhe possa imputar o crime. É preciso que haja imputabilidade. Na Escola Clássica, a imputabilidade é moral, advém da vontade livre do homem. Na Escola Positiva, a razão em virtude da qual se atribui ou imputa a alguém um certo ato é a existência do homem em sociedade. O homem — dizem os positivistas — é responsável porque é imputável e é imputável porque vive em sociedade.¹⁷

Afastando, pois, o conceito de liberdade das ações humanas, a Escola Positiva chegava, em conclusão, a admitir a possibilidade de se imporem sanções mesmo aos anômalos psíquicos. As sanções deveriam, como é evidente, variar, em atenção às condições pessoais, mas seriam impostas a todos os indivíduos que praticassem atos lesivos aos interesses sociais. Como medidas defensivas, alcançariam o mentalmente são e o insano também; alcançariam a quem quer que pusesse em perigo a sociedade.

Para a Escola Clássica, o enfermo mental era tão irresponsável pelo delito como quem não o tivesse praticado. Podia ser comparado a uma pedra, que, caindo,

ocasionasse a morte de alguém. Bem ao inverso, a defesa social, consoante o conceito da Escola Positiva, imita a própria vida, no caráter instintivo da repulsa à ação delituosa. A sociedade defende-se do criminoso, do mesmo modo que o organismo físico reage contra a virulência dos micróbios. Um consagrado professor de Medicina Legal, LACASSAGNE, chamou mesmo o malfeitor de “micróbio social”. A comunidade dos cidadãos honestos tem necessidade de preservar-se contra os atos que lhes perturbam as condições de existência, sem se importar com a pretendida responsabilidade moral dos seus autores, tal qual o homem se defende dos males que o afligem.

A natureza dá-nos o exemplo constante das sanções, físicas e biológicas, a impedirem inexoravelmente a violação das suas leis. Ninguém infringe impunemente a lei da gravidade, e a enfermidade castiga os excessos ou a simples imoderação.

Existem ainda as sanções sociais, de que são exemplos a da opinião pública e as conseqüências econômicas. Elas incidem sobre certos atos, sem se indagar se foram ou não queridos, se provieram ou não de bons intuitos. Em todas essas variadas formas de reação, pondera FERRI, nota-se que são independentes da vontade e da culpabilidade moral do indivíduo. E o mesmo se dá com as recompensas: a cantora e o poeta que encantam pelos seus dotes pouco fizeram para conseguir as suas excelsas qualidades. Por que razão, pergunta, a sociedade, que reage, e severamente, em todos os inumeráveis casos de ações anti-sociais, sem pesquisar neles o elemento da livre vontade e da falta moral, haveria de exigi-lo como condição *sine qua non* da reação defensiva, quando se trata de outras ações também anti-sociais?

A defesa — insiste o eminente sociólogo — é normal a cada ser humano. Quando se produz a inoculação de um mal, lutam contra a enfermidade todas as vitais energias que protegem o organismo, sobrevém a febre, que assinala a oposição das forças defensivas naturais contra o germe perturbador. Do mesmo modo, todo ser vivo combate pela sua própria existência. Assim também o faz a sociedade, contra o delito que a fere. No seu diálogo com a Justiça, dirá o criminoso que não pôde agir de outro modo. Mas o juiz responderá que, do seu lado, também não lhe é permitido proceder senão da maneira que atenda ao imperativo da defesa social.

Foi através dessas idéias que surgiu no Direito Penal moderno o instituto das medidas de segurança, que viriam completar o instituto da pena. Entretanto, é de se advertir que aqueles meios acauteladores, tal como ora existem, não foram trazidos pela Escola Positiva, diretamente. Resultaram do desenvolvimento das suas concepções. A Escola Positiva falava em sanções, em geral, sem as distinguir com a técnica de hoje.¹⁸

Se entre os juristas clássicos houve os que propenderam para a noção da pena exclusivamente como castigo, estribados no critério absolutista, foram inumeráveis, outrossim, os que identificaram utilidades na pena, através dos atributos de correção e readaptação social. Mas a Escola Positiva, batendo-se intransigentemente pela defesa social, por processos desprovidos da pecha de castigo, teve, não há dúvida, uniforme orientação relativista. A frase *punitur, non quia peccatum est, sed ne peccetur*, é compatível com a tese central da Escola antropológica e sociológica. Com a advertência, porém, de que tal corrente se alheou a toda preocupação de falta moral e à correspondente idéia de justiça retributiva, aferrada, que sempre esteve, ao conceito de reação social instintiva e objetiva contra o delito.

33 — Para se apreenderem os dados essenciais acerca da Escola Clássica, é útil analisar a definição do delito que CARRARA propôs e que centraliza os postulados capitais dessa escola: “Delito é a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”.

...*infração da lei do Estado*. A Escola Clássica só concebe o delito como uma infração da lei. Nesses primeiros termos da definição há uma evidente referência ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. É a norma fundamental do Direito Penal, o princípio da legalidade dos delitos e das penas. Toma-se o vocábulo — lei, não no sentido filosófico, de relação necessária derivada da natureza das coisas, mas no sentido jurídico. É a lei do Estado.

...*promulgada*. Promulgação é o ato pelo qual o chefe do Estado atesta ao corpo social a existência da lei. Esta deve ser promulgada para ser conhecida. A lei promulgada só pode ser a jurídica. A promulgação revela a lei do Estado. Não há cogitar no conceito analisado — pondera CARRARA — da mera lei moral, revelada pela consciência, e da lei religiosa, revelada por Deus.

...*para proteger* — aí está nesse verbo uma das afirmações importantes da Escola Clássica. Essa escola só conheceu o método dedutivo (ao contrário da Escola Positiva, que, nas suas investigações criminológicas, se valeu largamente do método indutivo). Parte, aprioristicamente, de princípios gerais, dos quais vai deduzindo regras particulares. A Escola Positiva, servindo-se da observação dos fatos e dos fenômenos, usa, quanto possível, a experimentação, além da observação, e chega indutivamente a constituir os seus princípios. Essa diversidade de métodos estabelece uma das principais diferenciações entre as duas grandes escolas.

Quando CARRARA traçou o seu *Programma*, teve a preocupação de fixar um princípio fundamental entre todos, um princípio do qual pudesse, consoante manifestou nas primeiras linhas do livro, deduzir toda a ciência criminal. Esse princípio é o seguinte: o crime não é um ente de fato, é um ente jurídico. Dessa afirmação primordial, a Escola Clássica extrai — ou pretende extrair — todas as verdades que governam o Direito Penal.

Ao ensinar que o crime é um ente jurídico, queria o grande penalista significar que o delito constitui essencialmente a violação a um direito de alguém. Ente jurídico no sentido de que ofende um direito. Ora, todo direito — frisava CARRARA — traz, em si mesmo, a possibilidade da própria defesa. Se o crime é um ente jurídico, se viola um direito, é lógica, razoável e necessária a defesa contra a violação. O Direito Penal destina-se a estabelecer os meios de defesa contra a violação do direito. É preciso que o direito seja defendido, mas a violação que constitui o crime não comporta uma defesa coativa direta. Quando se dá um crime, não é possível que o poder público se interponha antecipadamente entre aquele que vai praticá-lo e a vítima da ofensa. Não é realizável uma defesa coativa direta, mas sim uma defesa coativa indireta. E essa defesa é exercida pelo Direito Penal, através de preceitos que proíbem determinados atos, cominando punições para as pessoas que os cometam.

Partindo, portanto, do princípio de que o delito é um ente jurídico, CARRARA deduz o fundamento e o objetivo do Direito Penal, que, repousando na idéia de

justiça, se destina à tutela jurídica da sociedade, isto é, à proteção dos direitos. É por isso que, na sua definição, o mestre diz que o delito é a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a *segurança dos cidadãos*. O vocábulo segurança relaciona-se ainda com o conceito de tutela jurídica. A tutela jurídica se endereça aos bens essenciais dos cidadãos, aos que dizem respeito à sua segurança.

...dos cidadãos, e não do cidadão, no singular. O plural abrange não só o indivíduo isoladamente considerado como também a comunidade.

...*resultante* (infração resultante) *de um ato externo do homem*. Por que externo? Porque o Direito Penal não se ocupa com os estados de espírito dos homens, mas tem em vista aqueles atos que se manifestam externamente. *Cogitationis poenam nemo patitur* — já se dizia no Direito Romano. No Direito Penal, ao tempo de CARRARA, era nítida a separação entre os terrenos da Moral, da Religião e do Direito. Modernamente, só se punem atos que repercutem nocivamente no mundo sensível. O simples pecado é alheio ao Direito Penal.

Só a criatura humana pode ser sujeito ativo da infração à lei. O Direito Penal antigo, entretanto, não se limitava a punir atos do homem. Houve na antiguidade sisudos processos contra irracionais.

...*positivo ou negativo*. O Direito Penal cogita de crimes praticados mediante comissão ou omissão. Há delitos que em geral se cometem por ação direta, mas que também são praticáveis por omissão. O infanticídio pode ser executado por alguém que, figure-se, estrangule o recém-nascido, e pode realizar-se pela abstenção de cuidados indispensáveis. A mãe tem o dever de alimentar o filho. Se faltar a esse dever, a criança perecerá, verificando-se um infanticídio por omissão.

Só se admite crime por omissão, quando haja um direito à prestação do ato omitido, correspondendo a um dever de praticar o ato. Na hipótese figurada, o recém-nascido tem direito à alimentação de que necessita e que lhe deve ser ministrada pela sua mãe — ou por quem a represente, no caso de ela faltar ou estar impossibilitada de prover à subsistência do filho. A não prestação do ato correspondente a esse direito é a violação do direito e, de conseguinte, crime por omissão.

Outras vezes, a lei penal define a figura delituosa de tal forma, que só por omissão pode haver o delito. Pratica crime quem, encontrando uma criança de tenra idade abandonada e em perigo, deixe de tomar as providências cabíveis para que seja amparada. Aí está uma figura delituosa que só por omissão poderá verificar-se.

Na definição de CARRARA, a palavra — positivo — visa os crimes comissivos, isto é, decorrentes de atos positivos, e a palavra — negativo — os omissivos, os praticados por omissão.

...*moralmente imputável* — adverte a definição. Concebia a Escola Clássica o livre arbítrio como um dogma. CARRARA disse não ser possível construir-se a ciência criminal sem aceitar o livre arbítrio como ponto inconcusso, pacífico, insuscetível de discussões. Depois surgiu a Escola Positiva e, discutindo esse dogma, afirmou inexistir a liberdade das ações humanas.

A Escola Clássica comparava a alma humana a uma balança, em cujos pratos estariam os motivos das nossas ações: a vontade, poderosa e decisiva, seria capaz de fazer subir o prato que apresentasse os motivos mais pesados, mesmo contra a lei da

gravidade. Para CARRARA, o que determina as nossas ações — e, portanto, as ações criminosas — é a vontade livre e inteligente do homem. No livre arbítrio está o fundamento da imputabilidade moral, que é por sua vez o fundamento da responsabilidade penal. Só se pode imputar delito a alguém, quando dotado de livre arbítrio, quando possua a liberdade de optar entre os motivos. Para tal, deve ser psiquicamente desenvolvido e mentalmente são. Por isso mesmo a Escola Clássica admite graus de responsabilidade, que é proporcionada à intensidade do livre arbítrio. Quanto mais perfeito o livre arbítrio, mais completa é a responsabilidade do agente, o qual, conseqüentemente, deve sofrer maior pena.

De pronto se aquilata, pois, o relevo dessas palavras — moralmente imputável — na definição de CARRARA.

...e *politicamente danoso*. Para que haja delito é necessário que ocorra um dano. Este não só é imediato, como mediato. Imediato é o causado diretamente àquele que sofre o delito. Mediato é o dano indiretamente causado, representado pela repercussão maléfica do fato no ambiente — o alarma social. CARRARA, com a expressão — *politicamente danoso*, quer significar que o dano de que se cuida no Direito Penal é o que, pela sua importância, atinge a sociedade, ao alcançar o indivíduo diretamente lesado.

34 — No estudo das ciências penais, foram dadas apenas algumas rápidas idéias, então indispensáveis, sobre a teoria de LOMBROSO,¹⁹ porque o assunto seria retomado. É esta a oportunidade em que o deve ser.

O famoso cientista italiano julgou descobrir dentro da própria natureza humana a causa dos delitos. Psiquiatra que era, relacionou os seus estudos de Psiquiatria e Antropologia com os da ciência criminal.

Ele explica a maneira pela qual chegou à concepção do criminoso nato. Preocupado que andava em encontrar, no organismo humano, traços diferenciais que separassem o criminoso do louco, deparou, certa manhã, ao proceder à necrópsia do cadáver de um celerado, a fosseta occipital média — abertura na parte posterior do crânio — com desenvolvimento fora do comum, análogo ao que existe no crânio de certos animais vertebrados inferiores. Então, como que iluminado por um súbito raio de luz, admitiu a hipótese, sujeita naturalmente a outras investigações, de que haveria certa afinidade entre o criminoso, os animais e principalmente o homem primitivo, que ele considerava diferente, psicológica e fisicamente, do homem dos nossos tempos. Prosseguiu, depois, nos seus estudos, e ultimou a sua doutrina do atavismo. A herança atávica explicaria, a seu ver, a etiologia, a causa dos delitos.

Segundo a teoria lombrosiana, certos homens, por efeito de uma regressão atávica, nascem criminosos, como outros nascem loucos ou doentios. A criminalidade proviria, de forma inelutável, de fatores biológicos. O indivíduo viria ao mundo estigmatizado por determinados sinais de degenerescência, com malformações e anomalias anatômicas ou funcionais, relacionadas com o seu psiquismo. Colheu LOMBROSO abundantes dados, que foi formulando como a síntese ou média indicativa do homem delinqüente por tendência natural.

Figurava ele o criminoso nato caracterizado por uma cabeça *sui generis*, com pronunciada assimetria craniana, fronte baixa e fugidia, orelhas em forma de asa,

zigomas, lóbulos occipitais e arcadas superciliares salientes, maxilares proeminentes (prognatismo), face longa e larga, apesar do crânio pequeno, cabelos abundantes, mas barba escassa, rosto pálido.

O homem criminoso estaria assinalado por uma particular insensibilidade, não só física como psíquica, com profundo embotamento da receptividade dolorífica (analgesia) e do senso moral. Como anomalias fisiológicas, ainda, o mancinismo (uso preferente da mão esquerda) ou a ambidextria (uso indiferente das duas mãos), além da disvulnerabilidade, ou seja uma extraordinária resistência aos golpes e ferimentos graves ou mortais, de que os delinquentes típicos pronta e facilmente se restabeleceriam. Seriam ainda comuns, entre eles, certos distúrbios dos sentidos e o mau funcionamento dos reflexos vasomotores, acarretando a ausência de enrubescimento da face. Tal fato não seria apenas resultante do *deficit* moral, mas de autêntica tendência orgânica.

O olhar do criminoso nato seria duro e cruel, o seu sorriso, cínico. Traços antropológicos distinguiriam os malfeitores quanto à sua predileção por determinados gêneros de infrações. Assim, os homicidas seriam diversos dos ladrões, máxime na expressão da fisionomia e do olhar: os matadores, olhar vítreo e imóvel, quase marmóreo com os globos oculares muita vez injetados; os assaltantes da propriedade, olhar errante, instável, oblíquo.

Consequência do enfraquecimento da sensibilidade dolorífica no criminoso por herança seria a sua inclinação à tatuagem, acerca da qual LOMBROSO realizou detidos estudos.

Os estigmas psicológicos foram, em especial, retomados por FERRI, que realçou, com a atrofia do senso moral, de que padecem, a imprevidência e a vaidade dos grandes criminosos, defeito de que as tatuagens seriam uma objetiva manifestação. Os desvios da sua textura psíquica e sentimental deveriam dissuadir o automorfismo psicológico com que o homem normal supõe, nos delinquentes temperamentais, o temor da pena, o remorso e mesmo a emoção do homicida perante os despojos da vítima. Absorvidos pelo egoísmo e pelas paixões inferiores, nenhuma relutância eles sentem perante a idéia dominante do crime. Quando muito, abstêm-se de praticar certas espécies de atentados, pois que, por um fenômeno a que FERRI chama — daltonismo moral, alguns matam, mas não roubam, e outros roubam, mas não matam.

A criminalidade dos tempos modernos, em que todos os dias se vêem roubadores assaltantes ferindo e matando friamente para se apoderar dos bens alheios, mostra que a hipótese do daltonismo moral é, pelo menos hoje, inconsistente.

A enumeração dos sinais supostamente denunciadores de criminalidade hereditária é extensa. Apenas mencionamos alguns, dos muitos que LOMBROSO catalogou.

Para bem compreender o seu ponto de vista, devem-se ter presentes certas advertências que o grande antropólogo insistentemente fez. Reconheceu que os estigmas arrolados também se encontram em pessoas normais e honestas. O fato, porém, de se verificarem em proporção maior entre os criminosos, é que o induzia a falar de um *tipo criminoso*. O que o impressionou não eram sinais isolados.

Acompanhe-se esta sua textual comparação: “Direi que, para mim, as anomalias isoladas não representam senão um indício — uma nota musical de que não pretendo nem posso extrair um acorde, senão após havê-la encontrado em companhia de outras notas físicas ou morais”. O tipo criminoso, pois, no seu entender adviria de uma apuração global. Por isso, recomendava que esse *tipo* fosse acolhido com a mesma reserva com que se apreciam as médias estatísticas: quando se diz que a média da vida humana é de 32 anos e que o mês mais fatal é dezembro, ninguém pensará que todos os homens morrem aos 32 anos e em dezembro.

Ainda mais, frisou LOMBROSO, não só as pessoas honestas podem apresentar determinados sinais próprios do tipo delinqüente, como há criminosos sem nenhum desses sinais, porque não são degenerados: referia-se aos ocasionais e aos passionais.

O tipo, para LOMBROSO, é representado pelo conjunto dos caracteres comuns a certo número de pessoas, decorre de uma “impressão sintética”, vem a ser, como dizia GOETHE, uma “imagem abstrata e geral”.

A teoria do atavismo levou LOMBROSO a sustentar a existência, na infância, de uma predisposição natural para o crime. Não, obviamente, nos primeiros dias, durante o estado vegetativo da criança. As analogias entre o imaturo e o criminoso, que sofre uma parada de desenvolvimento, assinalou-as durante a fase de vida instintiva, através da qual se observa a precocidade da cólera, que faz com que a criança bata nos circunstantes e tudo quebre, em atitudes comparáveis às do selvagem, cujos caracteres o cientista italiano também estudou, para demonstrar a sua semelhança com o tipo criminoso.

O ciúme, o desejo de destruição, a maldade para com os animais e os seres fracos, a preguiça completa, exceto para as atividades que produzem prazer, são, entre outros, índices, que LOMBROSO apontou, das tendências criminais na infância. A educação conduz, porém, a criança para o período da “puberdade ética”, submetendo-a a profunda metamorfose. A natureza teratológica e mórbida do criminoso nato é que o faz conservar e perpetuar, em razão da sua tara, os pendores embrionários para o crime, que sentiu na infância, ao passo que, não existindo a tara, patológica e hereditária, as inclinações anti-sociais se atrofiam e desaparecem.

LOMBROSO, havendo traçado a figura do criminoso nato, ser que nasce fadado a praticar delitos — e que, aliás, como dizia FERRI, podia não vir a praticá-los, desde que os fatores ambientais lhe fossem favoráveis — não permaneceu imutável no ponto inicial da sua teoria. À proporção que se iam desenvolvendo os seus estudos e sentia a necessidade de revidar os golpes da crítica, foi procurando encontrar novas explicações para a etiologia do delito. Na época em que colhia os dados de que resultou a sua obra *L'uomo delinquente*,²⁰ MAUDSLEY, na Inglaterra, punha em foco a questão da loucura moral, manifestação mórbida que apresenta aspectos curiosos. O louco moral tem, aparentemente, íntegra a sua inteligência, mas sofre de profunda falta de senso moral. É um homem perigoso pelo seu terrível egoísmo. É capaz de praticar um morticínio pelo mais íntimo dos motivos.

Atraído pelos informes de MAUDSLEY e ante as objeções que surgiram contra a teoria do atavismo, LOMBROSO julgou entrever, na loucura moral, mais uma elucidação biológica do fenômeno delito, e então sustentou, também, que a loucura moral o explicava, ao lado do atavismo, de que antes falara. O louco moral, para o

mestre de Turim, “não tem nada de comum com o alienado”. Ele é um “cretino do senso moral”.

LOMBROSO preocupava-se com certos fatos que, emergindo das suas investigações o levaram a conclusões precipitadas. Significativa é a maneira pela qual lhe veio à mente a idéia da criminalidade congênita, durante a necropsopia referida.

Certa vez ocorreu, em determinado quartel, um atentado cometido por um soldado epilético contra um oficial. LOMBROSO teve a sua atenção voltada para esse fato, e admitiu, então, houvesse para o fenômeno do delito uma terceira explicação: a epilepsia. O criminoso seria epilético. A epilepsia ataca os centros nervosos em que se elaboram os nossos sentimentos e as nossas emoções. É possível que grande número de criminosos se componha de epiléticos. Mas a afirmativa sofria uma objeção. A epilepsia é bem perceptível e conhecida. Se ela em certos casos explica, numa relação de causa e efeito, o delito, em outros casos se observa não haver sinal objetivo da doença em face de um delito praticado.

A isso respondeu LOMBROSO que muitas vezes ocorre a epilepsia larvada, sem manifestações facilmente visíveis, que poderia explicar a etiologia do delito. Ao passo que a epilepsia declarada se exterioriza em meio a contrações musculares violentíssimas, a epilepsia larvada se denuncia por fugazes estados de inconsciência que nem todos percebem.

A respeito da epilepsia, perfilhou LOMBROSO inferências arrojadas. Sabe-se que a História tem registrado nomes de epiléticos, que se fizeram notáveis nos variados ramos da atividade humana, como Molière, Flaubert e Dostoiewski, na literatura. Daí LOMBROSO, através das suas observações, procurar estabelecer aproximação entre o criminoso, o epilético e o gênio, admitindo a possibilidade de que uma só causa pudesse produzir esses diversos efeitos, isto é, que a epilepsia tanto poderia acarretar a loucura, como a criminalidade e também a genialidade.

Como comentou VERVAECK, essas elucubrações indicavam, no crepitante espírito que as animava, a atração do paradoxo.

Mesmo com as já referidas restrições do autor da doutrina, acerca do tipo criminoso, seria temerário aceitá-la. Os pretensos sinais de criminalidade encontram-se nos homens em geral e podem coincidir ou não com a degenerescência, a qual, por seu turno, pode implicar ou não em inclinações criminais. É verdade que os criminosos se recrutam, em grande parte, entre os degenerados, e então é possível que o sábio italiano haja situado o seu tipo criminoso no terreno da mera degeneração.

As suas afirmações constituem uma hipótese, a que muitos aderiram, da qual outros discordaram, e que continua ainda em debate, já bastante arrefecido. O seu grande mérito foi chamar a atenção dos estudiosos para a correlação inegável entre os fatos morais e os fatos físicos.²¹ Ao fazê-lo, como disse TAINE, louvando-lhe o espírito criador, abriu uma via nova, pela qual se multiplicariam as conquistas.

O Direito Penal, até a época, era estudado exclusivamente pela face jurídica, e a tese lombrosiana desdobrava, no campo dessa disciplina, novos e interessantes aspectos.

LOMBROSO não abandonou uma das explicações da etiologia do delito pelas

outras. Procurou coordená-las. Assim, por exemplo, acentuou que a teoria do atavismo se completava e se corrigia com os estudos referentes ao estado epiléptico: “a doença juntava-se à monstruosidade”. É visível, porém, que, tendo aceito a teoria do atavismo, tendo firmado a equação “delinqüência igual a loucura moral” e tendo, por fim, lobrigado na criminalidade congênita uma variedade de epilepsia, LOMBROSO partiu de uma explicação antropológica para chegar a uma explicação patológica.

Sobre as transformações ocorridas no pensamento criminológico nas últimas décadas, especialmente no que diz respeito à superação dos postulados positivistas, ver o texto de Alvin August de Sá, ao final do Capítulo II.

35 — Uma das curiais seqüências dos trabalhos de LOMBROSO e seus continuadores, GAROFALO e FERRI,²² foi a classificação dos criminosos. Se o crime tinha uma origem natural, biológica, antropológica e, de acordo com FERRI, também sociológica; se consectário desse fato deveria ser o emprego de tratamento adequado às várias espécies de criminosos, não devendo as penas ser aplicadas de forma cega, como se o criminoso fosse, no dizer de FERRI, um manequim a que se impusesse um número, que seria o do artigo do Código Penal violado, é claro que surgia a conveniência da diversificação das sanções a serem impostas e, com ela, a tendência a enquadrar os seus destinatários em categorias. Por esse assunto não se interessara a Escola Clássica, para a qual os homens eram todos sensivelmente iguais. Como já antecipamos, davam importância os clássicos apenas às diferenças mais salientes entre os indivíduos — entre o adulto e o menor, entre o louco e o são de espírito, por exemplo.

O fundador da Escola Positiva procurou classificar os criminosos, e tal preocupação tornou-se inapartável desse sistema criminológico. Estribado nas idéias fundamentais do mestre, FERRI delineou a mais divulgada de todas as classificações, distribuindo os delinquentes em cinco tipos: louco, nato, habitual, passional e ocasional.

Seria demasiado extensa e fugiria aos propósitos deste livro a revista especificada a outras importantes classificações, pois muitas foram feitas, através dos mais variados pontos de vista.²³ Assim — e a referência vai a título exemplificativo — GAROFALO classificou os delinquentes em assassinos, violentos, ímprobos e cínicos, esclarecendo que aludia aos verdadeiros delinquentes. LISZT considerou dois grandes grupos: em estado agudo (ocasionais) e em estado crônico (por índole e por natureza). OTTOLENGHI pôs em realce o critério da normalidade, tão discutido e por vezes injustamente contestado. Pelo prisma da enfermidade mental, classificou os criminosos em enfermos mentais e não enfermos mentais. A estes dividiu em: 1) delinquentes normais (de ocasião); 2) delinquentes em estado anormal: a) permanente, — por aptidão congênita (natos, criminalóides) e por aptidão adquirida (habituais); e b) temporário, — por ímpeto de emoção, por ímpeto de paixão.

DI TULLIO, que é o autor de uma das mais citadas classificações, em que avulta

o critério da constituição delinqüencial, mencionou três grupos básicos: a) ocasionais (isentos de fatores antropológicos); b) constitucionais, que seriam os predispostos ao crime em razão de caracteres somáticos e psíquicos originários (por aptidão congênita ou predisposição constitucional); e c) enfermos de mente, subdivididos em criminosos loucos e loucos criminosos. O ilustre autor, no seu *Tratado de Antropologia criminal*, estuda exaustivamente cada uma dessas classes, focalizando-lhes as diversas subdivisões.

Em nosso meio, o professor HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO justificou, no volume intitulado *Os criminosos e suas classes*, a divisão que propôs, nos cinco grupos seguintes: mesocriminoso (puro), mesocriminoso preponderante, mesobiocriminoso, biocriminoso preponderante e biocriminoso (puro). As categorias primeira e última são de pseudo-criminosos e as outras três são de criminosos verdadeiros. Cada uma delas é fixada conforme a prevalência do fator mesológico ou do fator biológico. Como pseudo-delinqüentes são considerados aqueles em relação aos quais só atua o fator biológico, ou só o mesológico.

Retomemos a classificação de FERRI, de conteúdo biológico-social, consoante o seu ponto de vista sobre os fatores do crime.

Os clássicos não concebiam a existência do criminoso louco. Para que alguém possa ser considerado criminoso — diziam os juristas — é preciso que tenha responsabilidade moral, livre arbítrio. Entretanto, esse ramo da classificação de FERRI (criminoso louco) é perfeitamente consentâneo à orientação positivista, porque para os positivistas não há uma responsabilidade moral e sim responsabilidade social, ou legal. São responsáveis todos os homens pelo fato de viverem em sociedade. Frisava FERRI que, ao falar em criminoso louco, queria não só referir-se ao alienado que pratica atos perigosos à sociedade, como também à imensa legião dos semi-loucos, ou matóides — indivíduos que se encontram numa zona intermediária, fronteira, entre a saúde e a insanidade mental (*Matto*, em italiano, quer dizer — louco).

O criminoso nato, na classificação de FERRI, é o tipo instintivo de criminoso, descrito por LOMBROSO, com os seus estigmas de degeneração indicativos de forte inclinação ao delito, segundo a doutrina do fundador da Escola Positiva. FERRI vislumbra no criminoso nato, como seu traço característico essencial e dominante, a completa atrofia do senso moral.²⁴

O criminoso habitual²⁵ faz do crime como que uma profissão. Vive para o delito. Está sempre em cumprimento de pena, ou à espera de novo processo, ou praticando ou preparando novos crimes. Sai da prisão para voltar a delinquir. É de suma importância o problema criado por esse tipo anti-social no Direito moderno, que se tem confessado quase impotente para resolvê-lo.

O criminoso habitual é, em geral, precoce. Nos primeiros tempos da sua mocidade, estréia-se no crime e, por vezes, a própria punição que recebe concorre para piorar-lhe o caráter. Sofre uma pena curta de prisão, que serve para deseducá-lo: é levado para um ambiente pernicioso, onde o contato com outros delinqüentes mais afeitos ao crime pode pervertê-lo. Torna-se um reincidente. Passa a repetir os seus crimes. Às vezes ele como que se especializa em determinados crimes: coloca-se dentro de um dos capítulos do Código Penal. Ou de um crime passa a outros, e

começa a infringir as mais variadas disposições do Código. Mas, via de regra, o primeiro crime de habitual é contra a propriedade.

Ao passo que o criminoso nato é o produto de fatores biológicos, endógeno, em que seria decisiva a herança atávica, a habitualidade criminal provém, principalmente, de causas sociais, com influência do meio.

Na classificação de FERRI, o quarto grupo é o dos criminosos passionais.²⁶ A esse assunto ele dedicou demorados estudos, que até hoje são postos em foco, freqüentemente. Muito se tem discutido a respeito da criminalidade passional. O conceito doutrinário dessa forma de criminalidade tem-se prestado a deturpações práticas. Falsos delinquentes passionais são, comumente, trazidos à consideração dos julgadores, no debate dos tribunais, sobretudo no Tribunal do Júri, como se fossem precisamente o tipo descrito por FERRI.

O delinquentes passional, para FERRI, é um homem de sensibilidade exagerada, a qual o leva a cometer o delito. De temperamento sangüíneo ou nervoso, denuncia-se, algumas vezes, epileptóide ou desequilibrado. Não obstante, leva vida honesta. O furacão psicológico que o impele ao crime surge, em geral, na juventude. Procede sem premeditação, de maneira repentina, sem dissimular. Confessa amplamente e sem reboços, e sinceramente se arrepende, razão pela qual, quase sempre, se suicida ou tenta seriamente fazê-lo. Ao inverso do criminoso nato, os seus traços fisionômicos são regulares e até belos, apresentando, no dizer de LOMBROSO, semblante *anti-criminal*.

Note-se que FERRI, sendo um exímio advogado, não deixou de ser jamais um notável professor, e, assim, na sua cátedra, não vilipendiava o puro interesse científico para defender teses de oportunidade profissional. O delinquentes passional típico, que descreve, deve ser, antes de mais nada, um elemento social. O ilustre penalista realçou a distinção entre paixões sociais e paixões anti-sociais, desejando significar que as paixões que podem admitir um tratamento penal mitigado, relativamente ao agente do delito, só devem ser as compatíveis com a vida em sociedade.

É bem de ver que múltiplas podem ser as paixões. Elas constituem a intensificação da emoção — a emoção levada ao paroxismo. A ira, a cólera são paixões; a cobiça e a avareza são paixões; o ódio é uma paixão, bem como o amor. Também se pode falar na paixão da honra. Aí está, em rápida enumeração, um conjunto de paixões, no tocante às quais facilmente se pronuncia a diferenciação entre sociais e anti-sociais. Não estas, mas só aquelas, ensinam contemplação.

Tem-se em vista, nesse assunto, um critério decisivo, no sistema da Escola Positiva: o dos motivos determinantes do delito. A indagação psicológica dos motivos aparece em grande destaque na obra sociológica de FERRI, para quem o julgador criminal não pode dispensar semelhante análise. O mesmo delito, o mesmo ato material nocivo, pode filiar-se a um motivo social ou a um motivo anti-social. O motivo anti-social firma com nitidez a idéia da periculosidade do criminoso, contra a qual a Escola Positiva se declara, querendo que seja coibida o mais possível. O criminoso de motivo social merece boa vontade por parte do julgador. É elemento geralmente útil à coletividade. Terá sido levado ao crime por circunstâncias demasiado poderosas.

Coerente com a tese positivista da índole dos motivos na questão das paixões, ENRICO FERRI deixou assentado que só as de qualidade social podem justificar um tratamento bastante benévolo para o criminoso. É certo, porém, que as suas propostas acerca da criminalidade passional eram sobremodo benignas, resvalando à quase impunidade nos casos perfeitamente configurados, o que provocou alguma reação dentro da própria Escola Positiva. Os seus alvitres padeciam do defeito de descuidar a função geral-preventiva da pena, como advertência à comunidade.

O Código Penal brasileiro tem, a exemplo do Código Penal italiano, um dispositivo a declarar que a emoção e a paixão não excluem a responsabilidade. Visa-se, dessa forma, coibir as explorações, tão comuns no assunto dos criminosos passionais, que têm proporcionado, no Tribunal do Júri, digressões patéticas, em que se tenta obter, por vezes sem razão alguma, a impunidade de réus que alegam vicissitudes de ordem sentimental. O preceito é vantajoso em nosso meio, muito propenso ao sentimentalismo exagerado.

Parte Geral de 1984, arts. 28, n. I, e 65, n. III, c

Na Parte Geral de 1984, manteve-se a opção político-criminal de não isentar de responsabilidade penal aquele que age sob impacto de paixão ou emoção (art. 28, inc. I). Contudo, se o agente tiver cometido o crime sob a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima, terá sua pena atenuada (art. 65, inc. III, c, 2.^a parte).

O quinto termo da classificação de FERRI abrange os criminosos ocasionais.²⁷ Ocasional, ou accidental, é o criminoso que delinque porque surgiu a ocasião propícia. É, quase sempre, indivíduo de certa fraqueza íntima. Débil é o seu temperamento, o seu caráter, e ele facilmente se conduz ao crime, impelido por transitórias sugestões do ambiente.

Criam ocasiões para delinquir a miséria, o espírito de imitação, certas condições que convencem da segurança da ação e da impunidade, e tantas outras.

LOMBROSO, que acolheu a classificação de FERRI, considerava sob o nome de criminalóides os ocasionais algo predispostos ao mal, em que, portanto, a força incitante da oportunidade se alia a uma relativa tendência individual. E reservou a denominação de pseudo-criminosos aos ocasionais que cometem crimes involuntariamente, aos responsáveis por certos fatos totalmente desprovidos de danos e que, contudo, são declarados crimes pela lei, e aos autores de crimes suscitados por circunstâncias extraordinárias, como, por exemplo, a defesa da honra.

Relativamente a esse tipo de criminoso, as sanções repressivas e as medidas preventivas com que se ocupa o Direito Penal podem ter grande eficácia. Ele é, em

regra, um elemento readaptável.

O sistema da Escola Positiva, exposto em numerosos escritos de FERRI,²⁸ é desenvolvido de modo particularmente sugestivo no seu livro *Criminosos na arte e na literatura*,²⁹ em que examina a variada fauna dos anti-sociais, tal como foi descrita em muitas obras primas, não só das artes descritivas, romance e drama, como das artes decorativas, pintura, escultura.

Assim, por exemplo, os quadros de Goya, pintados no século XVIII, ostentam o espetáculo da pena capital, infligida pelo garrote — anel de ferro que, apertado por uma tarracha, envolve o pescoço do condenado e o estrangula de maneira horrorosa — a ladrões e assassinos, em cujas figuras angustiadas se identificam traços do criminoso nato, como foram entrevistados pelos antropologistas. E análogos estigmas, denunciadores de suposta criminalidade atávica, se deparam em estátuas de imperadores romanos, como Calígula e Nero.

Os mais notáveis modelos do engenho humano na literatura são analisados por FERRI, desde as criações de Dante até os contemporâneos do penalista, como D'ANNUNZIO e PAUL BOURGET, com estudos também dedicados a TOLSTOI, BALZAC e outros. Os grandes artistas fixaram, com a intuição do gênio, verdadeiras ante-visões de tipos mais tarde pesquisados, na vida, pela Antropologia Criminal.

Houve, outrossim, já após o lançamento da tese de LOMBROSO, os chamados romances “experimentais”, de autores como ZOLA, que buscaram, nas concepções então recém-divulgadas, o tema de narrativas em que surge o criminoso nato. Tal é o personagem central de *A besta humana*, que o próprio EMILE ZOLA declarou calcado em *L'uomo delinquente*. Aliás, LOMBROSO criticou alguns erros de observação do romancista.

Como pondera FERRI, os heróis de ZOLA não têm a grandeza dantesca das figuras de DOSTOIEWSKI,³⁰ o criador desse estranho personagem que é o Raskolnikoff, de *Crime e castigo*, onde se rasgam lances seguros de psicologia criminal que situam o escritor entre os mais profundos penetradores de almas. Só a SHAKESPEARE se pode compará-lo.

Os três famosos homicidas shakespearianos são dissecados no livro de FERRI: Machbeth, criminoso nato, Hamlet, criminoso louco, e o passional Otelo. O primeiro, aventureiro escocês que praticou um regicídio, é o “produto monstruoso da nevrose epiléptica e criminal”. Sujeito à epilepsia larvada, denota rápidos instantes de inconsciência, equivalente às convulsões musculares em que em geral se pensa ao falar-se em epilepsia. Após o crime, aparece com o punhal tinto de sangue, contando o que sentira e fazendo revelações imprudentes, que parecem inverossímeis a um homem normal, mas que são próprias dos celerados. Hamlet é um intelectual, cuja loucura raciocinante não lhe impede juízos corretos. Sofre de alucinações e abulia, e, com a loucura da dúvida, esbarra em invencíveis hesitações. Otelo mata-se ao final da tragédia. É que no homicida autenticamente passional o suicídio consumado ou seriamente tentado é a reação imediata do senso moral momentaneamente obscurecido pela crise psicológica. Decide-se a morrer para se libertar e porque sinceramente não admite que o matador de Desdêmona lhe sobreviva. O fenômeno da sugestão criminal — mais tarde apreendido por ZOLA, a propósito das multidões criminosas, no *Germinal* — é argutamente pressentido pelo dramaturgo inglês: lago

inocula, gota a gota, o veneno do ciúme nas veias vulcânicas do mouro.

Sem dúvida, o criminoso passional é o que mais aparece na literatura. Mas todos os tipos de delinquentes nela perpassam, mesmo o ocasional, a que se ajusta a famosa hipótese de ROUSSEAU: “Se bastasse, para ser rico herdeiro de um mandarim que jamais se tivesse visto, de que nunca se tivesse ouvido falar e que habitasse os confins da China, premir um botão para o fazer morrer, qual de nós não premiria esse botão?” FERRI não teve o ensejo de aludir à feliz apropriação que, dessa hipótese, fez EÇA DE QUEIROZ, na saborosa novela *O mandarim*, em que relata a súbita felicidade e o subsequente infortúnio do amanuense Teodoro, que praticou o homicídio ocasional, mas sofreu a pena inexorável do remorso.

36 — Sintetizando, para concluir: é mister fixar em poucas proposições as diferenças essenciais entre a Escola Positiva e a Escola Clássica. Elas diferem: 1.^o) quanto ao método: dedutivo, lógico-abstrato, na Escola Clássica, e indutivo, nas investigações criminológicas da Escola Positiva; 2.^o) quanto ao modo de considerar o delito: como uma entidade jurídica, na Escola Clássica, e como um fato humano e social, na Escola Positiva; 3.^o) quanto à maneira de encarar a pessoa do delinquent: como um indivíduo sensivelmente igual aos demais homens, na Escola Clássica, e como um indivíduo provido de caracteres pessoais peculiares, que necessitam ser estudados e que constituem, às vezes, anomalias denunciadoras de forte propensão ao crime, segundo a Escola Positiva; 4.^o) quanto à maneira de apreciar a pena: como medida proporcional à gravidade dos elementos material e moral do delito, na Escola Clássica, e como providência de defesa social, ou sanção defensiva, proporcional à periculosidade do agente delituoso e, portanto, individualizada, isto é, adaptada às suas condições pessoais, através do prisma da Escola Positiva; 5.^o) quanto ao modo de resolver o problema da responsabilidade: esta, para os clássicos, se baseia no livre arbítrio como um dogma indiscutível (responsabilidade moral), e para os positivistas decorre da existência do homem em sociedade (responsabilidade social ou legal).

37 — Tendo-se definido nitidamente as correntes extremas, alguns criminalistas tentaram aplinar-lhes a divergência.

Surgiu, na Itália, a chamada Escola do Positivismo Crítico ou Terceira Escola (*Terza Scuola*), com ALIMENA³¹ e CARNEVALE.³² Mais ou menos na mesma época, consolidou-se na França uma ramificação eclética com GARRAUD, GABRIEL TARDE e outros. Semelhante finalidade conciliadora apareceu, também, com a chamada Escola da Política Criminal, cujos vultos principais foram VON LISZT, VAN HAMEL, ADOLPHO PRINS e CARLOS STOOS.

Não se pode dizer que essas tendências tenham defendido os mesmos postulados. Embora as assinale o comum objetivo de estabelecer ligação entre as diretrizes antagônicas, notam-se sempre particularidades que marcaram o pensamento de cada um dos mencionados escritores. Ademais, as várias correntes ecléticas assumiram configuração especial conforme o grupo. Assim, pode-se falar no grupo da Terceira Escola, no grupo da Escola Francesa e no grupo da Escola da Política Criminal. As linhas gerais que irmanaram essas correntes mistas foram as seguintes.

Os ecléticos sustentaram, tal como queria a Escola Positiva, a necessidade das investigações de ordem antropológica e sociológica, de que é inseparável o método positivo. Mas, por outro lado, dissentindo dos positivistas, repeliram a concepção de

criminalidade congênita e consideraram o delito juridicamente, prosseguindo na minuciosa elaboração dogmática empreendida, com tanta maestria, pelos clássicos. E, evidentemente, aprofundando o estudo do Direito Penal como ciência normativa, não poderiam dispensar o método dedutivo, que pressupõe regras das quais o raciocínio extrai as devidas consequências.

Em verdade, apesar do grande influxo que o Direito Penal recebeu e continua a receber das ciências penais, a estas, como ciências naturais que são, se limita o emprego do método indutivo. Não prevaleceu a absorvente pretensão dos positivistas mais intransigentes, de reduzir todo o estudo da repressão criminal, mesmo no setor da lei escrita, a uma função de subalternidade perante as ciências causal-explicativas, que visaram ministrar a etiologia do crime como acontecimento resultante de fatores individuais e ambientais.

Os esforços apaziguadores também se verificaram na questão da responsabilidade, uma das mais importantes na separação das escolas. Não condescendendo com o dogma clássico do livre arbítrio, os ecléticos, todavia, ativeram-se à tradicional distinção, estranha ao positivismo, entre imputáveis e inimputáveis sob o aspecto psíquico. Mas a inimputabilidade, para eles, não frustraria a reação social, à moda clássica, e sim conduziria ao uso de providências acauteladoras sob a inspiração positivista.

Furtando-se ao dissídio sobre a liberdade ou a determinação das ações humanas, sugeriram os ecléticos novas bases para a responsabilidade — todas passíveis de muita contestação, mas caracterizadas por uma finalidade inegavelmente proveitosa: urgia subtrair o Direito Penal aos insolúveis debates metafísicos. Se é cientificamente impossível demonstrar a autonomia da vontade, também é impraticável a prova do ponto de vista do determinismo.

Assim, para IMPALLOMENI, que via na intimidação o papel específico da pena, o homem é imputável porque é intimidável, porque a pena pode agir sobre o seu espírito como coação psicológica, através da cominação legal e ao concretizar-se num mal. A intimidabilidade justificaria, a seu ver, a responsabilidade. E ALIMENA insistiu em que todos temos o sentimento da sanção, atuando a pena como coação psicológica. É imputável o indivíduo em condições de sentir essa coação psicológica.

POLETTI defendeu a teoria da normalidade: para responder por um delito, deve o indivíduo apresentar um mínimo de condições psíquicas, que a ciência indica como indispensáveis ao homem normal. Só os homens normais são responsáveis. Os outros ficariam sujeitos a medidas defensivas político-sociais.

Análogo conceito foi acolhido por LISZT. Afirmando que o problema da liberdade de querer não interessa à avaliação da responsabilidade, fundou-a na possibilidade, que desfruta o homem com suficiente desenvolvimento mental e psiquicamente são, de conduzir-se socialmente. Não sendo enfermo mental e contando com a indispensável maturidade de espírito, o indivíduo tem a “normal faculdade de determinar-se”, que lhe confere capacidade perante o Direito Penal. Em linhas gerais, é também o pensamento do grande penalista MANZINI, da Escola Técnico-Jurídica.

De modo equivalente, PRINS, com a sua teoria da liberdade relativa, considerou imputável o indivíduo dotado de atividade psíquica regular, capaz de ser

influenciado normalmente pelos motivos da ação.

Esse criminalista belga, proclamando, como tantos outros e com toda a razão, a insolubilidade da pendência sobre o determinismo e o livre arbítrio, advertiu que a hipótese da liberdade é indispensável no mundo moral. Sem ela, a humanidade mergulharia no pessimismo e na inércia, equiparando, num estado descolorido de inconsciência, o bem e o mal, o vício e a virtude, a pena e a recompensa. Há um mundo sensível, em que domina a causalidade, mas existe um mundo inteligível, em que reina a liberdade: admitindo o império da causalidade, devemos fortalecer o nosso sentimento de liberdade. Embora determinado pelas condições orgânicas da vida individual e social, o homem tem uma atividade consciente, que o dirige para o bem. Subordinado às leis gerais do universo, ele conserva certa dose de espontaneidade e de força de reação. Assim, considerada a liberdade absoluta como pertencente apenas ao mundo ideal, no mundo em que vivemos a liberdade é relativa e, conseqüentemente, a responsabilidade é também um conceito relativo.

A responsabilidade, para TARDE, cuja teoria é das mais artificiais, funda-se na identidade pessoal e na semelhança social. Essas duas condições devem coexistir, para haver responsabilidade. Um ato será imputado a alguém, se, em primeiro lugar, pertencer à sua pessoa, o que não ocorrerá se for praticado sob a influência de certas doenças da vontade e da personalidade. Em segundo lugar, deverá haver uma espécie de “consangüinidade social” entre o acusado e os acusadores, criada por numerosos traços de parença. O louco não tem identidade pessoal: é irresponsável. Pela semelhança social, o indivíduo subordina-se ao conjunto de normas políticas, morais, religiosas, que pautam a vida da sua coletividade. Será responsável pelos atos que praticar em antagonismo tão-só a essas normas.³³

38 — Entre as correntes ecléticas, a da Política Criminal teve desenvolvimento muito importante e útil.

Fundou-se em 1889 uma sociedade internacional para estudar e discutir os problemas do Direito Penal. Tal sociedade, que existiu até o deflagrar da guerra de 1914, se denominava União Internacional de Direito Penal, e publicava em francês e alemão o seu boletim, que realizou intensa propaganda das tendências da nova escola.

A preocupação máxima desse agrupamento científico foi pugnar por certas providências de ordem prática, em benefício da repressão e da prevenção. Aproveitando os dados da Escola Positiva e não desprezando também os elementos da Escola Clássica, a corrente da Política Criminal tem a glória de haver concretizado, no Direito Penal, institutos de alta projeção, como o das medidas de segurança.

De acordo com a Escola Positiva, sendo todos os homens socialmente responsáveis, devem ser tratados de modo diferente, conforme a natureza da sua personalidade: A Escola Positiva, entretanto, chamava sanções a todas as medidas destinadas a ser empregadas em face dos crimes. Tal foi a denominação unitária usada por FERRI no seu projeto de Código Penal para a Itália, de 1921. A Escola da Política Criminal, partindo do pensamento positivista, conseguiu elaborar, com certa precisão, o instituto das medidas de segurança, que apareceu nos projetos suíços e veio a ter acolhida nos códigos penais modernos, entre os quais o nosso.

A União Internacional proclamou a importância dos estudos antropológicos e sociológicos na pesquisa das causas da criminalidade e na fixação dos processos de preveni-la e combatê-la. E, com a individualização das sanções, pôs em merecido realce a tese do *estado perigoso*, no qual deveriam ser judicialmente declarados certos indivíduos em razão das suas taras fisiológicas ou mentais, seus antecedentes judiciários e hábitos de vida.

Esforçou-se a União por diferenciar as medidas de segurança das penas, estas fiéis ao conceito clássico. Aquelas visariam evitar a reincidência, tratando-se convenientemente o enfermo, a que se reduzisse determinado delinqüente, e coibindo-se, por outras formas, a sua potencialidade malfazeja. Os métodos neutralizadores do estado perigoso seriam apropriados às respectivas causas e teriam, necessariamente, duração indeterminada. Nenhum vínculo relacionaria a medida de segurança à idéia de falta moral ou à gravidade objetiva do acontecimento criminoso.

Consectário dessa orientação seria o uso das medidas de segurança também para coartar a periculosidade ante-delitual, impondo-se sem a realidade pretérita de um crime, perante a fundada perspectiva da sua perpetração. Interveio, porém, o temor dos excessos e da derrocada das garantias à liberdade individual, e tão-só tímidos passos foram aconselhados naquele sentido. Nas legislações, raras foram as concessões sob o critério generalizador. Na quase totalidade dos textos, as mencionadas medidas se permitiram somente *post delictum*, infligidas e fiscalizadas pelo juiz incumbido de apreciar, com a periculosidade, a culpabilidade.

O sistema, hoje universalizado, de tratamento tutelar dos menores delinqüentes, também é uma das conquistas da Escola da Política Criminal. Não se concebe mais, no Direito Penal, o delinqüente juvenil ou infantil assimilado ao delinqüente maior. Em seu benefício há um conjunto providencial de medidas que não devem ser tidas como punitivas, mas como educativas e assistenciais.

O regramento dos atos infracionais cometidos por adolescentes em conflito com a lei está hoje no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13.07.1990), que em seus arts. 98 a 207 estabelece as regras de cominação e execução de medidas sócio-educativas, além de procedimento que visa garantir o pleno exercício de defesa por parte dos adolescentes e seus advogados em face da pretensão socioeducativa do Estado. Ainda permanece forte a visão de que os atos infracionais e as medidas socioeducativas não têm conteúdo punitivo e penal, mas há autores que vêm defendendo com propriedade a posição de que tais matérias devem ser tratadas como verdadeiro Direito Penal Juvenil, para que os adolescentes em conflito com a lei possam desfrutar de todas as garantias jurídico-penais a que têm direito os adultos acusados de infrações penais propriamente ditas. Nesse sentido, entre outros, Sposato, 2006.

O livramento condicional e o *sursis*, institutos que a seu tempo serão estudados, são outras realizações práticas dessa corrente.

A União Internacional de Direito Penal não se recompôs após a primeira conflagração mundial, mas foi substituída por uma nova entidade, constituída em Paris em 1924, a Associação Internacional de Direito Penal, que passou a ter como órgão a *Revue Internationale de Droit Pénal*.

39 — Novas tendências penais delinearam-se, e algumas atingiram posição de relevo.

Na Itália, CROCE, GENTILE e SPIRITO foram partidários do credo filosófico a que chamaram de Idealismo Atual, ou Atualístico. No campo do Direito Penal, voltaram-se para os aspectos ideais atinentes aos seus problemas básicos.

E é interessante que, partindo de premissas inteiramente diversas daquelas em que se baseia a Escola Positiva, chegassem a um conceito de responsabilidade praticamente semelhante ao dessa corrente, como notou a positivista GRISPIGNI.³⁴

Sustentou o Idealismo Atual a existência de uma responsabilidade universal, entendendo que todos os homens são responsáveis por suas ações, sejam capazes ou incapazes, normais ou anormais, sãos ou enfermos. O crime pertence a quem o praticou e, por isso, deve ser-lhe imputado. A ação é a representação do espírito do criminoso, é a sua “atualidade espiritual”. Concebendo a pena com função educativa, falou SPIRITO de “um direito à pena”, de “um direito a ser punido”. Acentuando as divergências com a Escola Positiva, opôs-se à classificação dos delinquentes, querendo, não obstante, que a pena seja perfeitamente individualizada, devendo o juiz ser um educador, apóstolo, missionário. O citado discípulo de FERRI ironizou que isso é tão fácil de dizer quanta difícil de realizar.

LANZA,³⁵ corroborado pelo filósofo FALCHI, foi o fundador da chamada Escola Penal Humanista, que subordinou o Direito Penal à moral, a ponto de sustentar que a desaprovação da nossa consciência é o critério fundamental da incriminação dos atos humanos. O ilícito penal, antes de o ser, constitui ilícito moral. Com esse critério, os humanistas pleitearam radicais modificações no enquadramento de certos delitos, propondo os mais inesperados acréscimos e supressões. Entretanto, a imputabilidade, ao contrário do que poderia fazer supor a sua tese primordial, é, para eles, alheia ao livre arbítrio, fundando-se na educabilidade do homem. O ineducável é imputável. Na ordem prática, insistiu o humanismo na finalidade emendativa da pena, que “ou é educação ou não tem razão de ser”.

Tendência da mais acentuada autoridade foi a Escola Técnico-Jurídica, em que ressaíram os nomes de ROCCO (ARTURO) MANZINI, MASSARI, VANNINI e muitos outros penalistas. Para os seus prosélitos, a ciência criminal deveria preocupar-se com o Direito Penal vigente, com o estudo da lei positiva, abstraindo-se o criminalista das indagações de natureza filosófica. Achavam, também, que é preciso separar-se o Direito Penal das chamadas ciências penais, criando-se um Direito Penal autônomo.³⁶ Celebriu-se a frase de ROCCO, em aula inaugural proferida na Universidade de Sassari, de que o Direito Penal precisava libertar-se de toda “toxina” filosófica, assim como de toda investigação supostamente experimental sobre os chamados fatores naturalísticos do crime.

Considerado por muitos como neoclássico, o tecnicismo jurídico efetivamente se assemelhou à Escola de CARRARA na delimitação do seu objetivo e no seu método de trabalho. Mas reafirmou o ponto de vista dos ecléticos ao suprimir toda análise metafísica e ao fazer consistir a imputabilidade, consoante o texto do Código italiano, na capacidade de entender e querer, independentemente da questão do livre arbítrio.

Falou-se, ainda, numa orientação pragmática, derivada do positivismo. É a do penalista espanhol QUINTILIANO SALDAÑA. Invocando a filosofia de WILLIAM JAMES, essa corrente procurou libertar o Direito Penal de todo dogmatismo e basear a política criminal nos dados da experiência. “Não emprestemos a nossa adesão a uma verdade que não tenha passado pela experiência”, proclamou SALDAÑA na sua *Nova Criminologia*.³⁷ Só as soluções cuja utilidade esteja praticamente demonstrada devem ser aceitas, com exclusão das idéias abstratas. Assim, por exemplo, visto que não está demonstrada a incorrigibilidade do delinqüente, não se deve matar o homem e sim matar, no homem, o criminoso. É uma sugestiva proposição contra a pena de morte.

E cumpre aludir à Escola Penal Unitária, criada pelo penalista SABATINI, através da revista jurídica a que deu esse nome. Visou estabelecer conciliação entre o tecnicismo jurídico, dominante na Itália, e “as novas conquistas da Escola Positiva”, eximida, modernamente, dos arrojos utópicos da sua fase inicial.

Doutrina das mais comentadas é a da chamada “Defesa social nova”, que surgiu na França tendo à frente o nome prestigioso de MARC ANCEL. É uma tendência inconfundível com a que anteriormente apareceu na Itália, com o nome similar de Defesa social, por iniciativa radical de FILIPPO GRAMATICA, que pretendeu desconhecer a pena, praticamente suprimindo o Direito Penal.

Para MARC ANCEL, a Defesa social nova deve inspirar e transformar o Direito Penal, colocando em lugar do conceito de punição os de prevenção e ressocialização. As suas idéias estão explanadas no livro *La défense sociale nouvelle (un mouvement de Politique criminelle humaniste)*, traduzido para sete idiomas e cuja segunda edição, de 1966, teve nova tiragem em 1971.

GRAMATICA propunha substituir-se o conceito de responsabilidade pelo de anti-socialidade, que se apuraria através dos dados subjetivos do autor do fato. Postergada a infração como tal, considerar-se-ia o índice de anti-socialidade subjetiva, com os seus correspondentes graus. E ao invés da pena aplicar-se-iam medidas de defesa social proporcionadas às necessidades do agente. A anti-socialidade, contudo, estaria sujeita ao princípio da legalidade. As medidas de defesa social seriam adequadas à personalidade do agente e indeterminadas, passando o juiz a ter desmesurado poder. Nota característica relevante seria o humanitarismo das medidas a impor.

A ramificação francesa é apenas levemente inspirada na utopia italiana. Reage contra o mecanismo penal predominantemente retributivo. A política criminal deve ser de prevenção e terapêutica. Tem direito o delinqüente a um tratamento de ressocialização, fundidas a pena e a medida de segurança num complexo de sanções penais. A idéia de retribuição não é abandonada, mas não constitui o núcleo do Direito Penal. Trata-se de uma corrente de política criminal que tem em mira

modificá-lo. Humanização e ressocialização são a tônica dos seus postulados. A pena, preconiza MARC ANCEL, deve integrar-se num sistema unitário de medidas de proteção, coletivas e individuais, cujo fim essencial é a reinserção social do delinqüente. Na sua concepção, a reforma penitenciária tende a evitar ao condenado a aflição física e moral, que degrada o indivíduo. O único sofrimento legítimo reside na perda ou limitação da liberdade. Louva e incentiva os congressos quinquenais realizados pela Seção de Defesa Social das Nações Unidas “para a prevenção do crime e o tratamento do delinqüente”, sob cujos auspícios se estabeleceram as utilíssimas e muito propagadas “regras mínimas”.

Referências

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal: liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.
- EL HIRECHE, Gamil Föppel. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GARCÍA, Francisco Javier Álvarez. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comares, 2001.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Centro Inv. Derecho Penal y Filosofía, 1998.
- LESCH, Heiko Hartmut. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999.
- MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Bogotá: Temis, 2004.
- PUIG, Santiago Mir. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y estado: función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Conosur, 1995.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006.
- ZABALA, Ana Maria Messuti de. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

- 1 Consultem-se: GIORGIO DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, em *Archivio Penale*, Roma, 1945, parte 1.ª, pág. 89, *Fundamentos da justiça penal*, trad. de L. LUIGI, in *Revista Forense*, Rio, 1951, vol. 133, pág. 30, e *Il problema del fondamento della giustizia penale e una sua possibile soluzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1957, pág. 873; MARIANO RUIZ-FUNES, *Actualidad de la venganza*, Buenos Aires, 1944; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Indagación sobre el fundamento del derecho de penar*, em *El criminalista*, 4.º vol., Buenos Aires, 1944, pág. 39; J. BELEZA DOS SANTOS, *Fins das penas*, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1937-38, vol. 14, pág. 21, e na *Revista Forense*, Rio, 1938, vol. 75, pág. 40; BIAGIO PETROCELLI, *La funzione della pena*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1936, pág. 1.315; GIOVANNI NAPOLITANO, *Pena, castigo o difesa in una teoria del diritto*, in *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1936, pág. 688; EMANUELE CARNEVALE, *Ragione del diritto di punire*, em *Diritto Criminale*, Roma, 1932, 2.º vol., pág. 255; NOÉ AZEVEDO, *O fundo de vingança da penologia moderna*, na *Revista Forense*, Rio, 1945, vol. 102, pág. 355, e na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1944, vol. 152, pág. 423, e *Política criminal sem preocupações metafísicas*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1951, vol. 190, pág. 3, também na *Revista Forense*, Rio, 1951, vol. 135, pág. 5. Ainda: GIULIANO ALLEGRA, *Utile ed etico a fondamento della pena*, na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, 1.º vol., pág. 31; e J. ANDENAES, *La prevenzione generale: illusione o realtà*, na *Rivista di Diritto Penale*, Milão, 1953, pág. 265; MANUEL LÓPEZ-REY ARROJO, *Concepto y límites de la readaptación en penología*, public. do Departamento de Imprensa Nacional, Rio, 1953; P. NUVOLONE, *Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1957, pág. 3; JEAN GRAVEN, *La limitation du droit de punir de l'Etat par les droits de l'homme*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1952-3, pág. 447.

Se bem que nas indicações bibliográficas contidas neste livro não costumemos fazer referência especial aos tratados ou obras gerais, em que são estudados quase todos os assuntos da disciplina, lembramos que é magnífica a sistematização das doutrinas penais que se encontra em E. FLORIAN, *Parte generale del Diritto Penale*, Milão, 1934, 1.º vol., págs. 51 e segs.

- 2 Autor, entre outras obras, do *Tratado de Direito Penal comum alemão*, publicado em 1801.

- 3 A obra de ROMAGNOSI, em que se destaca o livro *Genesi del Diritto Penale*, Pavia, 1791, tem sido largamente estudada na Itália. Ver NICOLA PALOPOLI, *Giandomenico Romagnosi*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1936, pág. 52; G. F. FALCHI, *Giandomenico Romagnosi — dottrine romagnosiane e Scuola Penale Umanista*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1935, parte 1.ª, pág. 193, e, do mesmo autor, *Il pensiero penalistico di G. D. Romagnosi*, Pádua, 1933; CARLO UMBERTO DEL POZZO, *Giandomenico Romagnosi — il concetto di “difesa sociale”* in *Romagnosi e nella Scuola Criminale Positiva*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1935, parte 1.ª, pág. 385. No mesmo volume, parte 1.ª, de *La Scuola Positiva*, encontram-se outros numerosos trabalhos acerca do pensamento filosófico e criminal desse ilustre escritor, em cotejo com os postulados da Escola de LOMBROSO e FERRI.

O bi-centenário do seu nascimento foi solenemente comemorado, em 1961, na Itália, onde se realizou, para celebrar a efeméride, um congresso de que participaram NUVOLONE, PISAPIA, RANIERI e outros vultos da ciência penal (ver na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1962, pág. 400, a notícia do largo estudo então feito da produção do grande penalista).

- 4 Entre os correccionalistas inclui-se o jurista e filósofo FRANCISCO GINER, a quem CUELLO CALÓN intitula “o mais ilustre apóstolo do correccionalismo na Espanha”. Traduziu, de ROEDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, cuja 3.ª edição é de 1877.

- 5 Acerca do grande correccionalista espanhol, leiam-se os trabalhos de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El drama silencioso de una vida sabia: Pedro Dorado Montero*, em *El criminalista*, 4.º vol., Buenos Aires, 1944, pág. 73, e *Don Pedro Dorado Montero*, na mesma obra, 3.º vol., Buenos Aires, 1943, pág. 25.

- 6 Destacam-se entre os seus trabalhos criminais: *Estudios penitenciários*, em 2 vols.; *El visitador del preso, El delito colectivo, El derecho de gracia ante la justicia*.

Para a ilustre pensadora, falecida em 1893, os estabelecimentos penitenciários bem organizados deveriam ser “grandes enfermarias do espírito”. A pena, que não teria razão de existir senão como um benefício, deveria ser “essencialmente correccional”. Não o sendo, constituiria “um fato contra o direito”. Leia-se o estudo biográfico e antológico elaborado por CLARA CAMPOAMOR, *El pensamiento vivo de Concepción Arenal*, Buenos Aires, 1943, págs. 74 a 80. Ainda: JUAN ANTONIO CABEZAS, *Concepción Arenal*, Madri, 1942.

- 7 Veja-se o documentado artigo de VON ROHDEN, *Esiste un delinquente incorreggibile?* em *La Giustizia Penale*, Roma, 1933, parte 1.ª, coluna 292, no qual conclui que há, de fato, homens que não sabem o que fazer da

liberdade.

- 8 Leia-se, a propósito de PESSINA, o trabalho de ENRICO ALTAVILLA, *La modernità del pensiero di Enrico Pessina*, na *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Milão, 1914, parte 1.^a, pág. 513. O seu mais divulgado livro são os *Elementi di Diritto Penale*, Nápoles, 1882. PESSINA dirigiu a feita da notável *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, em 12 vols., Milão, 1905 a 1913, na qual colaboraram numerosos escritores.
- 9 GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. XX, § § 2.º, 5.º e 6.º: a pena é retribuição do mal pelo mal. O direito de punir, para esse grande jurista e filósofo de começos do século XVII, advém do mal que o criminoso praticou. Quem comete crime aceita, voluntariamente, a obrigação de sofrer a pena. A falta praticada é a fonte da punição e comunica-lhe a correspondente medida.
- 10 *Traité de Droit Pénal*, Paris, 1828.
- 11 Citam-se, de CARMIGNANI, especialmente, os livros *Elementa juris criminalis*, Pisa, 1823, e *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, 1831.
- 12 Ver: GIOVANNI MUSILLAMI, *Francesco Carrara e l'odierna scienza del Diritto Criminale*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1937, pág. 867; ARTURO SANTORO, *Francesco Carrara e l'odierna scienza del Diritto Criminale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1936, pág. 219.

Entre os escritos menos antigos: FRANCISCO P. LAPLAZA, *Francesco Carrara, sumo maestro del Derecho Penal*, Buenos Aires, 1950.

Acerca da personalidade de CARRARA, leia-se o prólogo de SEBASTIÁN SOLER à tradução castelhana da obra fundamental do mestre italiano: *Programma del curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Buenos Aires, 1944-46.

Existe outra tradução da parte geral, com anotações de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, publicada em Madri, 1922. Para o português, a parte geral foi traduzida por JOSÉ LUIZ V. DE A. FRANCESCHINI e J. R. PRESTES BARRA (S. Paulo, 1956-57, 2 vols., com prólogo de VICENTE DE AZEVEDO). Outra grande obra de CARRARA consubstancia-se nos *Opuscoli di Diritto Criminale*, em sete volumes, de cuja tradução para o espanhol se ocuparam ERNESTO R. GAVIER e RICARDO C. NÚÑEZ.

- 13 O livro de SILVIO LONGHI acerca das escolas penais, *Repressione e prevenzione nel Diritto Penale attuale*, 1911, é dos mais completos. Outras indicações bibliográficas sobre o dissídio das escolas e seus traços característicos: J. FRIAS

CABALLERO, *La lucha de escuelas e la moderna ciencia del Derecho Penal*, em *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata*, 1942, vol. 13, pág. 710; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Las escuelas penales a la luz de la crítica moderna*, in *El criminalista*, 4.º vol., Buenos Aires, 1944, pág. 89; e, do mesmo autor, *Escuelas y códigos del presente y del porvenir*, Madri, 1929; FILIPPO GRAMATICA, *Principios de Derecho Penal subjetivo*, trad. esp. de JUAN DEL ROSAL e VICTOR CONDE, Madri, 1942; ENRICO ALTAVILLA, *La vitalità della Scuola Positiva*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1947, pág. 77; JOSÉ ANGEL CENICEROS, *La Scuola Positiva y su influencia en la legislación penal mexicana*, em *Criminalia*, México, dezembro, 1940-41, pág. 200; MANUEL RIVERA SILVA, *Las escuelas penales*, em *Criminalia*, México, outubro, 1937, pág. 66; LADISLAU THOT, *Escuela Clásica e Escuela Positiva — estudio histórico-científico de Derecho Penal*, na *Revista de Criminología, Psiquiatria y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1935, pág. 325; UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Turim, 1933; E. DE NICOLA, *Le due scuole*, em *Scritti in onore di E. Ferri*, Turim, 1929; ROBERTO LYRA, *Novas escolas penais*, Rio, 1936, e *Novíssimas escolas penais*, Rio, 1956; CARLOS XAVIER PAIS BARRETO, *Domínio sem predomínio das escolas penais*, na *Revista Forense*, Rio, 1956, vol. 165, pág. 14; ANTÔNIO MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, *As três escolas penais*, São Paulo, 1928, 3.^a edição; ANTÔNIO DE QUEIROZ FILHO, *Desenvolvimento das doutrinas penais*, na revista *Justitia*, São Paulo, 1961, vol. 35, pág. 19. Entre os trabalhos polémicos mais antigos: L. LUCCHINI, *I semplicità del Diritto Penale*, Turim, 1885.

Pouco a pouco, as escolas penais vão perdendo o seu conteúdo originário, visto que os antagonismos se aplainam. Mas, como diz ANTOLISEI (*Problemi penali odierni*, Milão, 1940, pág. 196), elas “são duras de morrer”. Não poucas explicações extra-científicas existem para o fenómeno, e muitas são intuitivamente acessíveis.

- 14 Veja-se acerca do problema da responsabilidade em face das escolas, abrangendo o exame das novas tendências penais, VINCENZO CAVALLO, *Libertà e responsabilità*, Nápoles, 1934. Ainda: G. MONTALBANO, *Il fondamento della imputabilità*, Milão, 1938, 2.^a edição (fala das várias escolas novas); LUIGI SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio nel Diritto Penale*, Milão, 1937.

15 A respeito desse grande vulto da Escola Positiva: FERNAND COLLIN, *Garofalo — le rôle de Garofalo dans la gènesse de la doctrine anthropologique*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie et Archives Internationales de Médecine Légale*, Bruxelas, 1934, pág. 758.

Foi principalmente o livro *Criminologia — studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Turim, 1885, que notabilizou RAFAELE GAROFALO. Desse trabalho há versão portuguesa, com prefácio de JÚLIO DE MATOS, Lisboa, 1908, 2.^a edição. Anteriormente, GAROFALO publicara o trabalho *Il criterio positivo della penalià*, Nápoles, 1880.

16 Um dos mais ativos representantes modernos do positivismo penal, o professor napolitano ALTAVILLA, assim respondeu à insistente increpação: “Prescindindo, pois, do conceito de responsabilidade moral, somente quisemos que as leis criminais, que têm indiscutivelmente uma função utilitária, qual seja a da defesa social, alcancem uma esfera de ação mais ampla, golpeando a todos os infratores do preceito, o que não exclui a possibilidade de um juízo ético, mas tão-só não o erige em pressuposto da defesa criminal” (*Teoria soggettiva del reato*, Nápoles, 1933, pág. 60).

17 De FERRI: “Ogni uomo è sempre responsabile di ogni azione antigiridica da lui compiuta, soltanto perchè e finchè egli vive in società” (*Sociologia Criminale*, 4.^a ed., pág. 595). Ver também o seu artigo *La visione positivista della giustizia penale — il principio della responsabilità legale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1924, parte 1.^a, pág. 289.

18 A tese de que os meios de defesa social contra o crime se devem unificar sob a designação de sanções é desenvolvida por GRISPIGNI, *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1920, pág. 390.

19 Consulte-se LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Antropologia Criminal lombrosiana*, em *El criminalista*, 7.^o vol., Buenos Aires, 1947, pág. 13.

20 A primeira edição de *L'uomo delinquente*, em que os estudos de LOMBROSO apareceram reunidos em sistema, é de Milão, 1876. Sua filha GINA LOMBROSO FERRERO publicou, em Turim, um resumo da obra, em um volume, em 1924.

Quando, em 1959, se comemorou o quinquagésimo aniversário da morte de LOMBROSO, realizou-se na sua cidade natal, Verona, um Congresso de Criminologia, o que deu oportunidade a JEAN PINATEL para elaborar o magnífico estudo estampado na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1960, pág. 318, sob o título *La doctrine lombrosienne devant la criminologie scientifique contemporaine*, no qual as indicações bibliográficas a respeito de LOMBROSO e da sua obra são inúmeras.

No Brasil, o tema foi abordado por THEODOLINDO CASTIGLIONE, *Lombroso perante a Criminologia contemporânea*, São Paulo, 1962.

21 Entre os discípulos e continuadores de LOMBROSO reclama especial referência o nome de MÁRIO CARRARA. Veja-se a apreciação feita pela filha do mestre de Turim, GINA LOMBROSO FERRERO, *La importancia de Mario Carrara en la escuela lombrosiana*, em *Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, 1937, 2.^o vol., pág. 349.

22 “Imediatamente após a gigantesca obra dos três fundadores, a contribuição mais relevante e significativa foi realizada por EUGENIO FLORIAN”, disse GRISPIGNI em *Florian, giurista della Scuola Positiva*, na coletânea de escritos sobre a atividade científica do ilustre mestre — *Eugenio Florian, maestro del positivismo penale*, Milão, 1940, pág. 75.

Sucinta, mas expressiva, apreciação da individualidade desse grande professor italiano, falecido em 1945, encontra-se no escrito *Commemorazione di Eugenio Florian*, de ENRICO ALTAVILLA, estampado no volume de 1948 de *La Scuola Positiva*, pág. 333, revista de que por muitos anos o insigne penalista desaparecido foi diretor.

23 Ver, sobre as classificações dos criminosos, a resenha de ALTAVILLA, em *Il delinquente — trattato di Psicologia criminale*, Nápoles, 1949, pág. 11. Do mesmo autor: *Un nuevo estudio sobre la clasificación de los delincuentes*, in *Criminalia*, México, junho, 1938, pág. 590. Outros trabalhos: JOSÉ ALMARAZ, *Clasificación de delincuencia*, em *Criminalia*, México, abril, 1941-42, pág. 494; LOUIS VERVAECK, *Bases racionales para una clasificación de delincuentes*, em *Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, 1937, 2.^o vol., pág. 517; ALFREDO POZZOLONI, *La classificazione dei delinquenti, la classificazione dei reati e la loro reciproca integrazione*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1929, 9.^o vol., parte 1.^a, pág. 126; ALFREDO NICEFORO, *Criminologia, dinamica del delitto e classificazione dei delinquenti*, Milão, 1954; MARC ANCEL, *La classification des delinquants en droit comparé, em Delitto e personalità*, Milão, 1955, pág. 355. Ainda: de FRANCISCO CLEMENTINO SANTIAGO DANTAS, CARLOS XAVIER PAES BARRETO,

JOSÉ CAMPOS, VICENTE PIRAGIBE e LUIZ VIANNA, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1936, vol. 15, págs. 80, 85, 95, 106 e 109, o largo debate suscitado pelo tema da classificação dos criminosos na Primeira Conferência Brasileira de Criminologia. Ver ROBERTO LYRA, *Criminosos, no Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, 14.º vol., pág. 52. De autoria do antigo professor paulista CÂNDIDO MOTTA é o livro *Classificação dos criminosos*, São Paulo, 1925. Essa edição apresenta, refundida, a tese escrita em 1897 para o concurso na Faculdade de Direito de São Paulo e que fora louvada por LOMBROSO.

O assunto nunca é abandonado pelos criminólogos, como o atesta o trabalho de JEAN PINATEL, *Classification des criminels, na Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1956, pág. 863. Nem o relegam os juristas adversos ao positivismo: leia-se NÉLSON HUNGRIA, *A classificação dos criminosos*, na *Revista Forense*, Rio, 1958, vol. 177, pág. 7.

24 Ver: NERIO ROJAS, *Limites entre el delincuente “nato” y el “loco”*, em *Psiquiatria y Criminologia*, Buenos Aires, 1937, 2.º vol., pág. 263; J. J. ANOSSOV, *Sulla storia del delinquente nato*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1936, parte 1.ª, coluna 534.

25 Leiam-se COSTANTINO DE MARIA GÓMEZ, *Note sul delinquente abituale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1930, vol. 10, parte 1.ª, pág. 449; GIULIANO VASSALI,

Trattamento giuridico-penale dei delinquenti professionali ed abituali, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1953, pág. 487, e, em francês, na *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1954, pág. 187; J. BELEZA DOS SANTOS, *Récidivistes et délinquants d'habitude*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1954, pág. 687; JACQUES BERNARD HERZOG, *Le délinquant d'habitude en droit comparé*, in *Delitto e personalità*, Milão, 1955, pág. 373; P. A. H. BAAN, *Quelques remarques sur la relation entre la criminalité de profession ou d'habitude et le déséquilibre mental*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1956, pág. 415.

26 Algumas indicações bibliográficas sobre a criminalidade passional: LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El crimen pasional*, em *El criminalista*, 7.º vol., Buenos Aires, 1947, pág. 295; OTTORINO VANNINI, *Ancora sugli stati emotivi e passionali*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1938, pág. 319; EMILIO ONDEI, *L'imputabilità dei passionali*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1938, parte 1.ª, pág. 369; R. BENON, *Stati emozionali e passioni — responsabilità*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1937, pág. 957; J. TUERLINCKX, *Essai sur les criminels passionnels*, em *L'Eclou*, Louvain, 1935, pág. 147; LÉON RABINOWICZ, *O crime passional*, trad. port. de Fernando Miranda, S. Paulo, 1933; H. DONNEDIEU DE VABRES, *La répression du crime passionnel d'après le Code Pénal français et le nouveau Code Pénal italien* em *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, Bolonha, 1932, 1.º vol., pág. 111; FILIPPO MANCI, *Il delitto passionale*, Turim, 1928; EUSEBIO GÓMEZ, *Paixão e delito — crimes passionais*, Buenos Aires, s/d., 2ª edição; LOUIS HOLTZ, *Les crimes passionnels*, Paris, 1904. Leia-se, sobre o assunto, a conferência de FERRI, *O delito passional na civilização contemporânea*, tradução e prefácio de ROBERTO LYRA, São Paulo, 1934. Dentre os escritores nacionais, consultem-se:

JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Criminosos passionais — criminosos emocionais*, Rio-São Paulo, 1940; ROBERTO LYRA, *O suicídio frustrado e a responsabilidade dos criminosos passionais*, Rio, 1935 (folheto), e, do mesmo autor, *O amor e a responsabilidade criminal*, São Paulo, 1932; EVARISTO DE MORAES, *Criminalidade passional — o homicídio e o homicídio-suicídio por amor (em face da Psicologia criminal e da Penalística)*, São Paulo, 1933; AFRÂNIO PEIXOTO, *Crimes passionais*, na *Revista de Direito*, Rio, 1932, vol. 103, pág. 254; GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA, *Estados afetivos e imputabilidade penal*, São Paulo, 1958.

27 Ver: FRANCESCO TARSIANO, *Il delinquente occasionale puro*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1940, parte 1.ª, pág. 193; FRANCESCO DEL GRECO, *Gli “occasionalisti” nel delinquere*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, parte 1.ª, coluna 13; JEAN PINATEL, *Les délinquants occasionnels*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1959, pág. 880.

28 Várias das inúmeras apreciações da prodigiosa atividade científica de FERRI foram reunidas, anos após a sua morte, ocorrida em 1929, na coletânea *Enrico Ferri, maestro della scienza criminologica*, que contém escritos de G. SABATINI, V. SCIALOJA, M. D'AMELIO, E. FLORIAN, E. GRISPIGNI, A. NICEFORO, B. DI TULLIO, A. SANTORO, E. ALTAVILLA, B. CASSINELLI, A. LORIA, ART. ROCCO, J. A. ROUX, E. S. RAPPAPORT, O. CECCHI, R. A. FROSALI, S. SIGHELE, G. BENTINI, N. SERRA, T. MADIA, L. RUSTICUCCI, G. A. BELLONI, S. BARZILAI e E. GÓMEZ. Ainda: ENRICO ALTAVILLA, *L'opera scientifica di Enrico Ferri e l'evoluzione della Scuola Criminale Positiva*, em *La Scuola Positiva*, Milão,

1930, parte 1.ª, pág. 22; F. GRISPIGNI, *Enrico Ferri e la Scuola Positiva*, na *Rivista Penale*, 1940, pág. 207; BRUNO FRANCHI, *Enrico Ferri — il noto, il mal noto, e l'ignorato*, Turim, 1908.

Tocante homenagem à sua memória foi prestada na conferência de PIERRE BOUZAT que se lê na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1957, pág. 1, intitulada *Le centenaire d'Enrico Ferri. L'oeuvre du maître. Son actualité*.

O último dos livros de FERRI intitulou-se *Principii di Diritto Criminale* e foi publicado em 1928. Ficou incompleto. Outras referências à sua produção: *Teoria dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Florença, 1878; *I nuovi orizzonti del Diritto e della Procedura Penale*, Bolonha, 1881, que na 3.ª edição passou a denominar-se *Sociologia Criminale* (1891).

29 Existe, desse trabalho, bem cuidada tradução portuguesa, de JOÃO MOREIRA DE ALMEIDA, editada em São Paulo, em 1936. A tradução castelhana é da lavra do ilustre criminólogo CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓZ, que a prefaciou e enriqueceu com oportunas notas (Madri, 1889).

30 A propósito, JUAN LACEIRAS, *Dostoiewski, creador de la Psicología Criminal*, em *Criminalia*, México, setembro, 1941-42, pág. 21.

31 Entre as obras de ALIMENA (BERNARDINO), consultem-se *Note filosofiche d'un criminalista*, Módena, 1911, e *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Turim, 1914. Ver também o artigo de polêmica *Intorno al vecchio tema dell'imputabilità*, na *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*. Turim, 1914, vol. 80, pág. 409.

32 Cons.: EMANUELE CARNEVALE, *Una Terza Scuola di Diritto Penale*, em *Diritto Criminale*, Roma, 1.º vol., pág. 119, e *La "Terza Scuola" e la concezione unitaria del Diritto Criminale*, no mesmo volume, pág. 173.

Em torno da produção científica desse penalista: MARCELO FINZI, *Manuel Carnevale, el fundador de la "Terza Scuola"*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1948, vol. 52, pág. 1.044; H. DONNEDIEU DE VABRES, *En lisant le maître Carnevale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1933, parte 2.ª, coluna 1.581; GAETANO CONTURSI LISI, *L'opera scientifica di Emanuele Carnevale nelle scienze penali*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1932, parte 1.ª, pág. 457.

33 Consulte-se o capítulo sobre a teoria da responsabilidade no livro *La philosophie penale*, Paris, pág. 83.

34 Ainda sobre o assunto: CARLO UMBERTO DEL POZZO, *Il fondamento dell'imputabilità nell'idealismo attuale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1936, pág. 147.

35 VINCENZO LANZA, *Umanesimo e Diritto Penale*, Catânia, 1906 (a 2.ª edição em 1929). A frase de LANZA — a pena ou é educação ou não tem razão de ser — tornou-se o lema da Escola Humanista, como se vê na obra de GIUSEPPINO FERRUCCIO FALCHI, *Le basi morali del Diritto Penale*, publicada em 1930. De dois anos antes é o seu *Sistema generale umanista del Diritto Penale*. Ver ainda GAETANO CONTURSI LISI, *Sistema generale umanista del Diritto Penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1929, parte 1.ª, pág. 322.

36 Referências bibliográficas: ALFREDO GIRIBALDI ODDO, *El tecnicismo juridico en Derecho Penal*, na *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1946, pág. 291; GIULIO PAOLI, *Tecnicismo giuridico e scienza del Diritto Penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1922, parte 1.ª, pág. 1; NÉLSON HUNGRIA, *O tecnicismo jurídico-penal*, em *Questões jurídico-penais*, Rio, 1940, pág. 57, e na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1938, vol. 22, pág. 35; E. MAGALHÃES NORONHA, *O tecnicismo jurídico-penal*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1963, n.º 1, pág. 101.

Acerca da posição anti-filosófica do tecnicismo jurídico, veja-se a interessante crítica de UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Turim, 1932, pág. 166.

Mesmo GIUSEPPE MAGGIORE, que no livro *Principii di Diritto Penale* declarara que só a orientação técnico-jurídica é que convém à ciência criminal (ed. de 1937, 1.º vol., pág. 88), fez as mais severas objeções à tese propugnadora de alheamento do Direito Penal à Filosofia, ao examinar, posteriormente, no pensamento de ARTURO ROCCO, "o que esteja vivo, o que esteja morto, o que seja digno de acolhida ou recusa" (v. o seu trabalho *Arturo Rocco e il metodo "tecnico-giuridico"*, no vol. 1.º dos *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952).

37 Do autor, acham-se traduzidos para o português os trabalhos *Nova Criminologia* e *Nova Antropologia criminal*.

Consultem-se: JAIME MASAVEU, *El pragmatismo jurídico y la teoría pragmática del Derecho Penal*, em *Criminalia*, México, 1942-43, janeiro, pág. 295; NÉLSON HUNGRIA, *Pragmatismo e Direito Penal*, em *Questões jurídico-penais*, Rio, 1940, pág. 147, e na *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade*, Rio, 1934, 2.º vol., pág. 155.

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Sumário

40 — Período colonial. 41 — Influência de MELO FREIRE. 42 — No Império. A Carta Política. 43 — O Código Crimi-nal de 1830. 44 — Involução no sentido anti-liberal. 45 — O Código Penal de 1890 e a Consolidação de 1932. 46 — Projetos de reforma. 47 — O Código vigente e a legislação penal complementar.

Introdução

Na historiografia jurídica em geral e na jurídico-penal em particular, os desenvolvimentos teóricos recentes são atribuíveis em grande parte à redefinição de objeto por que têm passado os estudos contemporâneos de história do direito: de uma história narrada exclusivamente a partir da evolução dos códigos e das práticas punitivas (períodos da vingança privada, da vingança pública, humanitário etc.), tem-se partido para uma outra que contempla, além disso, as dimensões “cultural” e “institucional” da história do Direito. A história do Direito é, segundo esta última visão, um estudo sobre fontes, cultura jurídica e instituições do passado.

Alguns importantes trabalhos têm se ocupado de estudar historicamente o pensamento de juristas e criminólogos brasileiros, pelo ponto de vista da história das idéias políticas e do poder relacionados especificamente à problemática da criminalização e do controle social. Esses estudos buscam estipular uma outra dimensão possível para a interpretação das práticas punitivas e de

controle social do passado, levantando barreiras possíveis a interpretação e aplicação dos dispositivos legais de outras épocas, ou mesmo à perenidade de discursos e idéias do passado em juristas do presente. As indicações bibliográficas desses trabalhos são referidas ao final deste capítulo.

40 — No período colonial, vigoraram no Brasil as Ordenações do Reino. Quando, em 1822, se proclamou a nossa independência, as Ordenações Filipinas, que eram o código de leis civis e criminais de Portugal, foram mantidas, no campo penal, até a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830. Havia sucedido às Ordenações Manuelinas e estas às Afonsinas.

O exame do Livro V das Ordenações Filipinas dá idéia do Direito Penal do Brasil na época colonial, mostrando, em textos concretos, os defeitos que BECCARIA combateu nas leis do seu tempo. O próprio índice do referido Livro V é expressivo ao indicar o sentido em que se orientavam as preocupações do Direito Penal de então, que configurava como delitos fatos cuja incriminação hoje seria absurda. Lá se encontram títulos como estes: *Dos que arrenegão, ou blasfemão de Deos, ou dos Santos; Dos que benzem cães, ou bichos sem autoridade d'El Rey, ou dos Prelados; Que o frade, que for achado com alguma mulher, logo seja entregue a seu superior; Dos que nos arruidos chamão outro appellido, senão o d'El Rey; Dos que comprão Colmeas para matar as abelhas, e dos que matão bestas...*

As Ordenações assinalavam-se pela exorbitância das penas, que alcançavam ferozmente fatos às vezes insignificantes, pela desigualdade de tratamento entre os vários agentes do delito, pela confusão entre o Direito, a Moral e a Religião e por outros muitos vícios. Dentre as penas, a de morte era prodigalizada. As execuções efetuavam-se na forca e na fogueira. Em alguns casos, eram precedidas de suplícios, como a amputação dos braços ou das mãos do condenado.¹

Tão grande era o rigor das Ordenações, com tanta facilidade elas cominavam a pena de morte, que se conta haver Luís XIV interpelado, ironicamente, o embaixador português em Paris, querendo saber se, após o advento de tais leis, alguém havia escapado com vida.

Mesmo no Brasil houve exemplos dessa crueldade excessiva. Tivemos o caso de Tiradentes, que, acusado de crime de lesa-majestade, foi enforcado e esquartejado, sendo os seus membros fincados em postes, colocados à beira das estradas, com dísticos destinados a advertir ao povo a gravidade dos atos de conspiração. As inscrições diziam que ninguém poderia trair a rainha, porque as próprias aves do céu se encarregariam de lhe transmitir o pensamento do traidor.

Verifica-se, ainda, nos castigos infligidos ao herói nacional, a infâmia imposta, por força da lei vigente, aos descendentes do condenado, até determinada geração. As penas infamantes eram de aplicação comuníssima.

O crime de lesa-majestade tinha nas Ordenações um conceito descritivo, destinado a provocar pavor: “Lesá Majestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rei, ou seu Real Estado, que é tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharam, que o comparavam à lepra; porque assim como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com eles conversam, pelo que é apartado da comunicação da gente: assim o erro da traição condena o que a comete, e empece e infama os que de sua linha descendem, posto que não tenham culpa”.

Um dos traços característicos mais interessantes das Ordenações é a preocupação quase doentia com que o legislador cogitava dos crimes se-xuais, dedicando-lhes capítulos extensíssimos, feitos de dispositivos os mais extravagantes. É, também, de se notar a repressão de relações entre infiéis e cristãos. Já se tem querido ver nessa atitude do legislador português como que uma antecipação do espírito germânico de combate às pessoas de raça não ariana. As demasias repressivas eram ditadas, porém, exclusivamente pelo sentimento religioso, que se manifestava por tremenda hostilidade aos incréus.

41 — A evolução, entretanto, foi-se operando com o passar dos tempos, e, em plena vigência das Ordenações Filipinas em Portugal, espíritos adiantados pugnaram pela renovação das leis. O eminente português PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE DOS REIS, professor da Universidade de Coimbra, de mentalidade vigorosa e culta, viveu na época em que apareceu o tratado de BECCARIA, quando, em toda parte, se discutiam os escritos de MONTESQUIEU, ROUSSEAU e VOLTAIRE.

Fez-se ele defensor das idéias liberais, não obstante haver sido devotado servidor do Marquês de Pombal, que era um déspota, embora esclarecido. A sua obra foi notável, tanto no domínio do Direito Civil como no do Direito Criminal. Até hoje se consulta com proveito a sua consolidação das disposições de Direito Civil português. Quanto à matéria penal, escreveu as *Institutiones Juris Criminalis lusitani*,² em latim, e, ao tempo em que governava D. Maria I, executou um projeto de código penal, o *Código de Direito Criminal português*, em que expressou as reivindicações progressistas de BECCARIA. Mas, adiantado demais para o período histórico e o meio a que se endereçou, o projeto não foi convertido em lei.

42 — Em 1822, quando foi proclamada a independência, surgiu o problema da organização de leis novas, que substituíssem as obsoletas leis da metrópole. Como é fácil compreender, não foi possível fazer a substituição de um momento para o outro, e a Assembléia Constituinte, em 1823, decidiu que continuassem a vigorar no Brasil as leis e atos portugueses então vigentes. Essa determinação fez sentir, no setor repressivo, a relutância com que, por necessidade, se admitia a continuação da vigência das Ordenações Filipinas. Prometeu-se, porém, para breve, a promulgação do Código Criminal.

Logo depois se iniciavam os estudos para a elaboração do novo Código, ficando encarregados da apresentação do projeto os eminentes parlamentares JOSÉ CLEMENTE PEREIRA e BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS. Desincumbiram-se do encargo recebido, e os trabalhos passaram a ter vagarosa evolução. Tanto que, prometido o novo Código em 1823, só sete anos depois, em 1830, foi promulgado.

Todavia, algo muito importante aconteceu nesse interregno: em 1824, a 25 de

março, o Brasil passava a ter a sua primeira Carta Política. Estreita é a ligação do Direito Penal com o Direito Constitucional, e esse traçou diretrizes renovadoras para aquele, então a instituir-se. O espírito que dominou o Código Criminal do Império está antecipado na Constituição de 1824.

Na época, as idéias liberais encontravam-se no seu fastígio. A propaganda individualista, desenvolvida quase simultaneamente na França e nos Estados Unidos, estava em efervescência. Era natural que, nos princípios em foco, se informasse a Carta fundamental. E, com efeito, revelou-se das mais adiantadas. O seu art. 179 reuniu, de forma completa, a enumeração dos direitos e garantias individuais. Pelo que esse preceito consignou se podia entrever a orientação do Código Criminal por vir.

O inciso 2.º desse artigo dizia: “Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”. É manifesto que o legislador se inspirava na doutrina de BENTHAM, segundo a qual os sistemas legislativos deveriam basear-se na utilidade.

O inciso 3.º firmava o relevante princípio da irretroatividade da lei, cuja incidência no terreno repressivo consubstancia uma das essenciais garantias à liberdade dos cidadãos.

Assim dispunham outros incisos do art. 179, referentes, de perto, à matéria penal:

“Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública”;

“Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas, ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes dos seus acusadores, e os das testemunhas, havendo-as”;

“Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admite; e em geral nos crimes que não tiverem maior pena do que a de 6 meses de prisão, ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto”;

“À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu, e quem a tiver requerido, serão punidos com as penas que a lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada não compreende as ordenanças militares, estabelecidas como necessárias à disciplina, e recrutamento do Exército; nem os casos que não são puramente criminais, e em que a lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da Justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo”.

“Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita”;

“Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”;

“Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes,

em qualquer grau que seja”;

“As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação do réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”.

43 — O Código Criminal do Império não podia deixar de acolher tais idéias, que lhe imprimiriam o cunho do liberalismo. Se, entretanto, havia para a sua elaboração esse manancial excelente, que era o art. 179 da Carta Política, poderia o legislador vir a ser menos propício na redação ou na sistematização que desse aos textos, na preferência às orientações que se pudessem propor ao seu espírito, no exame e escolha dos modelos legislativos de outros povos. Nem isso se deu.

Existiam, já, a esse tempo, e influíram grandemente na estruturação do Código Criminal, o Código da Baviera de 1813 e o Código francês de 1810. É também da época o Código organizado por LIVINGSTONE para a Louisiana, região que mais tarde se integrou aos Estados Unidos.

Esses foram os padrões de que se serviu o legislador. Prepararam CLEMENTE PEREIRA e BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS cada um o seu projeto, e ambos foram levados em consideração. Mas as comissões legislativas que os examinaram tomaram em mais constante apreço o de BERNARDO DE VASCONCELOS. Os trabalhos, a princípio bastante demorados, precipitaram-se em 1830.

Fazia sentir-se a falta do estatuto penal. Após os estudos da comissão de parlamentares, que contribuiu com emendas importantes, muito rapidamente se realizou a discussão do Código, que, aprovado pelo Parlamento, foi levado à sanção.

Pode-se dizer que uma única matéria deu margem a dissídio no Parlamento: foi a questão da pena de morte, que se achava em universal evidência.

BERNARDO DE VASCONCELOS diplomara-se pela Universidade de Coimbra. Terá sido aluno de MELO FREIRE. Ressoaram perante ele as pregações liberais desse mestre, que recebera o influxo da obra de BECCARIA. Se por outras várias formas não se explicasse, aí teríamos justificada a repercussão do individualismo no Código do Império.

Nas porfias parlamentares sobre o extremo suplício, o grupo conservador propugnava-lhe a admissão no Código; outro grupo, dos liberais, se opunha. Venceram os conservadores por pequena maioria. O seu argumento principal era a criminalidade do elemento servil, muito difundida. Entendiam que, sem a aludida pena, não se manteria a ordem entre os escravos, os quais, pelo seu teor de existência, seriam indiferentes a outros castigos.

Entretanto, a terrível providência punitiva, aplicada muitas vezes no Brasil, foi mais tarde tacitamente revogada por D. Pedro II. Conta-se que um erro judiciário o impressionou profundamente. Decorreu em Macaé um processo de que resultou a pena capital imposta ao réu, chamado Manoel da Mota Coqueiro. Tal sentença foi depois tida como deplorável injustiça. De tal modo se consternou o magnânimo Imperador, que resolveu jamais efetivar a pena máxima. Passou a comutá-la sistematicamente em galés perpétuas.³

Acentuou o Desembargador VICENTE DE AZEVEDO que o merecido renome do Código Criminal do Império é atestado pelo fato de que dois eminentes criminalistas europeus, para melhor lhe penetrar o espírito, resolveram aprender o nosso idioma:

O interesse despertado por esse monumento legislativo, entre os penalistas do Velho Mundo, não é o seu único título de glória. Verifica-se também a sua ressonância na elaboração de outros estatutos. Um dos que maior influência receberam do nosso é o Código espanhol, que lhe sucedeu após poucos anos e mais tarde foi substituído por um segundo e um terceiro — este de 1870, — ambos calcados no primitivo modelo. JIMÉNEZ DE ASÚA consigna essa influência. Considerando-se que o Código espanhol de 1870 foi o grande inspirador da legislação penal das repúblicas latino-americanas de idioma castelhano, facilmente se alcançará a notável projeção que, em nosso continente, veio a ter o Código do Império do Brasil.⁵

44 — Contra o seu nítido liberalismo passou-se a opor alguma reação. Entendendo-se que a criminalidade aumentara depois de promulgado o Código, supôs-se que a razão do recrudescimento fossem as suas disposições benignas. Daí a preocupação de reformá-lo.

A tendência anti-liberal assinalou-se em diversas leis que foram surgindo, algumas delas processuais. A de 10 de junho de 1835 exprime esse sentido reacionário e constitui, mesmo, certa mancha no generoso sistema da legislação do Império. Estabeleceu que os escravos, que houvessem praticado atentados contra a segurança ou a vida dos seus senhores ou pessoas da família destes, assim como dos feitores, seriam prontamente julgados pelo Júri do termo mais próximo, e a sentença logo se executaria, mesmo que fosse de morte, não comportando o recurso de graça. Sendo o Júri composto pelos senhores de escravos, era natural que os julgamentos não primassem pela isenção de ânimo.

O Prof. NOÉ AZEVEDO, no livro intitulado *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais*, faz referência a essa lei, lembrando que os seus textos draconianos imitavam o que ocorria na antiga Roma, onde o senhor tinha sobre o escravo o *jus vitae necisque* — o direito de vida e de morte.

A drástica lei foi revogada pela de n.º 3.310, de 10 de outubro de 1886.

Depois do Código Criminal de 1830, adveio o Código do Processo de 1832, também imbuído do espírito liberal. Foi de suma importância esse estatuto especialmente para o Estado de São Paulo, porque constituiu, até o fim de 1941, a nossa lei processual em matéria repressiva. A despeito de muitas tentativas que se fizeram no sentido de dotar o nosso Estado de outro código processual, quando as unidades federativas podiam legislar a respeito, sempre nos servimos do velho diploma, o qual havia sido acrescido de numerosas leis adjetivas. As principais são a de n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, com o seu Regulamento n.º 120, de 1842, a Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, com o seu Regulamento do mesmo ano, além da referida Lei n.º 3.310, de 10 de outubro de 1886.

A reação anti-liberal manifestou-se também nessa lei de 3 de dezembro de 1841, que sofreu no Parlamento acirrados debates. Reproduzidos nos seus anais, encontram-se trasladados resumidamente no notável livro de JOÃO MENDES O *Processo Criminal brasileiro*. Por força das suas disposições a formação da culpa passou para as autoridades policiais. Ora, sabendo-se que estas se integram ao Poder Executivo e não têm a autonomia do Poder Judiciário, vê-se o inconveniente de se

lhes transferir uma função própria dos órgãos judicantes. Sustentou-se mesmo que tal lei era inconstitucional, e ásperas críticas lhe foram feitas, pois a Constituição estabelecia a divisão dos poderes, ao passo que a mencionada lei atribuía ao Executivo funções peculiares do Poder Judiciário.

Durante trinta anos permaneceu esse estado de coisas, e só pela Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, a formação da culpa entrou novamente a caber aos juízes.

Um dos aspectos mais interessantes da lei de 1871 está em que introduziu, em nossa legislação, a punição dos crimes culposos de homicídio e lesões corporais. Havia, nesse particular, falha no Código Criminal. Apesar das suas indiscutíveis virtudes, apresentava tal lacuna, tanto mais estranhável quanto é certo que outros códigos seus contemporâneos, nos quais se inspirara, já haviam disposto acerca dos delitos de imprudência. A omissão, entretanto, explica-se. Era compreensível quando foi redigido o Código. Os delitos culposos, que constituem hoje um problema sério do ponto de vista prático, naquele tempo muito raramente podiam ser objeto de cogitação. São infrações que aumentaram com o progresso, e principalmente com o advento das máquinas modernas, cujo manuseio pode determinar ofensas à intangibilidade física. O automóvel é o causador máximo dos delitos culposos. Assim, na época do estatuto imperial, a questão era de interesse secundário. A lei n.º 2.033 dispôs a respeito, sanando o lapso verificado.

O seu Regulamento foi o Decreto n.º 4.824, de 10 de novembro de 1871.

45 — Proclamada a República em 1889, intensificou-se a tendência, havia muito existente, de reforma da legislação criminal. Sem embargo de ter sido, quando surgiu, um Código progressista, o do Império precisava ser ab-rogado, mesmo porque haviam decorrido 60 anos após a sua promulgação. As leis envelhecidas tornam-se inúteis para regular as mutáveis necessidades da vida social.

O Governo Provisório, do qual era Ministro da Justiça CAMPOS SALES, conferiu ao Conselheiro BAPTISTA PEREIRA a incumbência de organizar um projeto de Código Penal para a República, recomendando-lhe a maior rapidez. O projeto foi logo apresentado e convertido em lei. Naturalmente devido à celeridade da sua elaboração, estava inçado de defeitos, postos logo em evidência pela crítica — defeitos que, aos poucos, se procurou ir corrigindo, por meio de inúmeras leis.

Um dos censores que com mais pertinência combateram o primeiro Código Penal da República foi o jurista CARVALHO DURÃO, que, em uma série de artigos publicados sob o pseudônimo de *Solus*, discutiu numerosas falhas do novo estatuto. O Conselheiro BAPTISTA PEREIRA saiu a público, um tanto tardiamente, aliás, em defesa do seu trabalho, mostrando que, por vezes, os ataques haviam sido exagerados. Chegara-se a afirmar que o Código Penal do Brasil era o pior dos vigentes.⁶

Logo depois do aparecimento do Código de 1890, foi promulgado o Código Penal da Armada, sendo em seguida estendida a sua aplicação ao Exército e, já em 1941, à Aeronáutica. Tinha esse estatuto muita semelhança com o Código Penal, no qual foi calcado, como era de esperar, contendo disposições adaptadas às peculiaridades da repressão dos delitos nas classes militares.

O número avultado das leis que foram baixadas em complemento ao Código

Penal de 1890, a excessiva quantidade de disposições, muito dificultavam a solução dos problemas jurídicos. Era embaraçosa a sua consulta, árdua a obrigação de lidar com elas.

O Desembargador VICENTE PIRAGIBE consolidou essas leis, e o seu trabalho recebeu o cunho oficial, pelo Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932. A Consolidação das Leis Penais passou a ser o novo estatuto penal brasileiro: eram assim enfeixados em um só corpo o Código de 1890 e as disposições extravagantes. A numeração dos artigos do Código foi conservada, colocando-se em parágrafos os preceitos inovadores. Para bem se distinguir, na Consolidação, a proveniência dos textos, os dispositivos do Código foram impressos em determinado tipo gráfico e os das leis posteriores em caracteres diferentes, com realce.

Teve grande utilidade esse empreendimento de metodização e síntese. Mas prosseguiu a faina legislativa, e muitos decretos-leis, em matéria criminal, continuaram sendo publicados. As últimas edições da Consolidação Piragibe inseriam, em adendo, esses textos subsidiários.

46 — Diversos projetos surgiram, tendentes à substituição do Código Penal de 1890. Desde que foi promulgado, manifestou-se o propósito de substituí-lo. Já em 1893, apareceu na Câmara dos Deputados um projeto de Código Penal de autoria de JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, professor da Faculdade de Direito do Recife. Tal trabalho não teve êxito. Logo depois o criminalista pernambucano apresentava outro esboço. Na sua obra de Direito Criminal, VIEIRA DE ARAÚJO comenta as disposições da sua lavra.

Em 1913, GALDINO SIQUEIRA, ilustre penalista, organizou novo projeto, que não chegou a ser ventilado no Congresso.

Vários anos depois, o Desembargador VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA recebeu do Governo a incumbência de elaborar um projeto de Código Penal. Em 1927 foi publicada a respectiva Parte Geral, com uma exposição de motivos. Continuou o preclaro jurista a feitura da reforma até quase a época em que veio a falecer. O seu projeto, por ele completado, foi revisto por uma comissão constituída por EVARISTO DE MORAES, MÁRIO BULHÕES PEDREIRA e o próprio autor.

Apesar da revisão efetuada por essa comissão, o Projeto Sá Pereira revelava-se muito defeituoso. Os seus erros foram postos em foco em numerosos escritos. Sem embargo das diretrizes adiantadas que o nortearam, não podia ser convertido em lei, e o Governo da República resolveu incumbir da remodelação penal outro jurista de nomeada, o Professor ALCÂNTARA MACHADO.⁷ Na exposição de motivos do seu projeto, mostrou ele que os defeitos do de SÁ PEREIRA tornavam aconselhável fosse formulado um esquema inteiramente novo. Com grande operosidade, sem se poupar a fadigas e com um dispêndio de energias que abreviou os dias da sua fecunda existência, embrenhou-se nessa tarefa ingente e ofereceu ao País trabalho de grande valia, que foi submetido a novos estudos, dos quais se originou o Código Penal ora vigente (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

O Código não corresponde exatamente ao Projeto Alcântara Machado. Muitas modificações viscerais foram realizadas pela comissão revisora constituída pelos magistrados NARCÉLIO DE QUEIROZ, VIEIRA BRAGA e NÉLSON HUNGRIA e do promotor ROBERTO LYRA, aos quais prestou a sua colaboração um grande penalista

de São Paulo, o saudoso COSTA e SILVA. Observa-se no Código Penal, entretanto, a larga e preciosa contribuição do Professor ALCÂNTARA MACHADO, que ligou imperecivelmente o seu nome ao novo estatuto.

47 — Como todos os códigos penais, o nosso tem uma Parte Geral e uma Parte Especial. Esta encerra as figuras delituosas, distribuídas por numerosos capítulos, por sua vez subordinados a títulos, para a boa classificação da matéria. A Parte Geral apresenta os princípios fundamentais do Direito Penal objetivo ajustáveis aos preceitos referentes aos tipos de infrações.

O Código veio precedido de longa exposição de motivos do Ministro FRANCISCO CAMPOS — valioso comentário a que, sempre, o intérprete necessita recorrer.⁸

Promulgado em dezembro de 1940, o Código Penal só entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1942. Com esse retardamento objetivou-se permitir que os juristas tivessem o necessário tempo para conhecê-lo, antes de aplicá-lo. Não só: era preciso que se ultimasse a preparação do novo Código de Processo Penal, de cujo projeto fora incumbida a mesma comissão elaboradora do projeto definitivo do Código Penal, acrescida de mais alguns nomes. Tornou-se realidade o Código de Processo através do Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941,⁹ entrando a vigorar com o Código Penal.

Outras salientes leis ainda reclamam referência particular: a Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941); a Lei de Introdução do Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.931, de 11 de dezembro de 1941). Ambas resolveram importantes questões resultantes da mudança da legislação, contendo, além de preceitos de natureza transitória, normas destinadas a sanar falhas já notadas nos Códigos, bem como a contornar algumas dificuldades práticas da sua aplicação, por falta de aparelhamento. E, antes desses diplomas, a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941),¹⁰ cuja vigência se iniciou com a dos Códigos. Entendeu-se, a exemplo de outros países, que deveriam essas infrações, de gravidade muito menor que a dos crimes ou delitos, ser catalogadas num estatuto separado.

No penúltimo dos seus artigos, o Código Penal relegou à legislação especial — em parte, preexistente, e ainda, então, a ser elaborada — os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, de imprensa, de falência, de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, bem como os crimes militares.

Pelo Decreto-lei n.º 6.227, de 24 de janeiro de 1944, foi promulgado o Código Penal Militar.¹¹ Com reduzido número de preceitos essencialmente novos, o seu texto em grande parte reeditou, às vezes com ligeiras alterações, dispositivos do Código Penal comum, assim adaptado ao serviço da Justiça criminal nas classes armadas.

Nas edições anteriores incluímos, aumentada em cada uma delas, a lista das leis penais especiais que foram surgindo. E em quantidade tal surgiram, que o prosseguimento da tarefa se foi tornando mais e mais difícil, passando a final a ser impraticável, porque o enorme e fastidioso rol prejudicaria o cunho predominantemente

didático deste livro.

Agora omitimos, pois, a resenha, que, aliás, é suprida pelos anexos que completam a publicação, pelas editoras, do Código sem comentários.

Registramos, para encerrar este capítulo, aparecimento de alguns relevantes estatutos destinados a alterar o panorama da repressão criminal: o novo Código Penal, calcado em anteprojeto de NÉLSON HUNGRIA (Decreto lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969), que não chegou a entrar em vigor, e o novo Código Penal Militar (Decreto-lei n.º 1.001, da mesma data), já em aplicação e cujo ante projeto foi elaborado pelo Prof. IVO D'AQUINO, conservando a necessária simetria com aquele que serviu ao novo Código Penal afinal abandonado.

Trouxe a este numerosas alterações a Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e depois de repetidos adiamentos da vigência do Código esta ficou vinculada, em virtude da Lei n.º 6.063, de 27 de junho de 1974, à data em que começasse a vigorar o novo Código de Processo Penal, cujo projeto, resultante de anteprojeto elaborado em 1970 pelo Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES e revisto por duas comissões de juristas por ele integradas, foi enviado ao Poder Legislativo pelo Chefe do Poder Executivo e permaneceu em demorados estudos, sem ter sido por ora convertido em lei.

Em agosto de 1978, através de mensagem presidencial instruída com *Exposição de motivos* do Ministro da Justiça, o Poder Executivo pediu ao Congresso a conversão em lei de um projeto que declarava revogado o Código Penal de 1969, estendida a revogação às leis que lhe diziam respeito. Em consequência, foi elaborada e promulgada a Lei n.º 6.578, de 11 de outubro de 1978, cujo art. 1.º dispôs: “Ficam revogados o Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal), e as Leis n.ºs 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e 6.063, de 27 de junho de 1974”.

O Código Penal Militar foi seguido pelo Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969), oriundo do trabalho de uma comissão de que foi relator o mesmo Prof. IVO D'AQUINO.

Eliminado o Código Penal de 1969, sem ter começado a vigorar, subsiste o Código Penal de 1940.

Há a ressaltar a Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, que modificou dispositivos do Código Penal vigente, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais. Minucioso exame ser-lhe-á dedicado nesta edição.

Em 1981 foi publicado para receber sugestões um anteprojeto que altera dispositivos do Código Penal, cingindo-se à Parte Geral. A comissão elaboradora, designada pelo Ministro da Justiça IBRAHIM ABI-HACKEL, foi constituída dos seguintes juristas: FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (presidente), SERRANO NEVES, RENÉ ARIEL DOTTI, MIGUEL REALE JÚNIOR, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, ROGÉRIO LAURIA TUCCI e HÉLIO FONSECA. Posteriormente, uma comissão revisora do anteprojeto ficou constituída de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ainda como presidente, MIGUEL REALE JÚNIOR, JAIR LEONARDO LOPES e DINIO DE SANCTIS GARCIA.

O Código Penal de 1940 é de feitio eclético, como a generalidade dos modernos estatutos similares. Nele — lê-se nas linhas de apresentação formuladas pelo Ministro da Justiça — “os postulados clássicos fazem causa comum com os

princípios da Escola Positiva”. Os seus autores procuraram honrar a nossa cultura jurídica, colocando-o à altura dos mais reputados modelos. Na apreciação dos seus dispositivos, que ora vamos iniciar, mostraremos as suas indiscutíveis qualidades, ao lado dos seus defeitos.

Resultou dos trabalhos das comissões elaboradora e revisora o texto de lei que seria aprovado e promulgado com o número 7.209, de 11 de julho de 1984, com ligeiras modificações do Poder Legislativo em relação ao texto original. Relegando a reforma da Parte Especial para um momento posterior, que até hoje não veio, a Lei n.º 7.209 ab-rogou o Código até então vigente e instituiu a chamada “Nova Parte Geral”, a que hoje nos referimos freqüentemente como “Código Penal de 1984”.

O grande propósito da Reforma de 1984 foi, além da correção de expressões do diploma anterior que as comissões julgavam equivocadas, fazer valer o princípio da culpabilidade em todos os institutos da parte geral do Direito Penal brasileiro, além de acomodar a nossa legislação aos postulados da teoria finalista da ação. Em razão disso, as mudanças foram muitas: certas disciplinas, como a do erro jurídico-penal, foram completamente modificadas. Também o sistema de penas conheceu amplas mudanças, conjugando-se para esse fim a Parte Geral de 1984 e a Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84). Outras tantas partes do Código, no entanto, permaneceram sem alterações significativas, como a disciplina da aplicação da lei penal.

O texto original da Parte Geral de 1984 já sofreu algumas modificações importantes desde sua entrada em vigor. Nesse sentido, merece destaque a reforma do sistema de penas realizado pela Lei n.º 9.714/98, que ampliou o cabimento das penas alternativas. Além disso, cada vez mais leis especiais surgem com disciplinas particulares que afastam a incidência da Parte Geral de 1984 para os crimes de que tratam: a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90) talvez seja o caso mais evidente, ao estabelecer que o cumprimento de crimes hediondos ou equiparados dar-se-á integralmente em regime fechado — dispositivo este que, por sua evidente incompatibilidade com o mandamento constitucional de individualização da pena (art. 5.º, XLVI), tem sido julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Outro exemplo ainda mais recente é o da chamada “Lei Maria da Penha” (Lei n.º 11.340, de 07.08.2006), que endureceu as penas para os crimes de violência doméstica praticados contra a mulher e, entre outras medidas, proibiu a substituição de pena privativa de liberdade por pena alternativa de natureza puramente pecuniária.

Referências

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 2003.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, I. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Edusp, 2001.

FONSECA, Guido. *Crimes, criminosos e a criminalidade em São Paulo, 1870-1950*. São Paulo: Resenha Tributária, 1987.

KOERNER, Andrei. *Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario: siglos XVI-XIX*. 3. ed. México: Siglo XXI, 1987.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo, 1822-1940*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999.

¹ Em certos passos, falavam os textos em penas corporais, acerca de cujo entendimento, na punição dos herejes e apóstatas, anota CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA: “Essas penas eram de ordinário a queima dos cadáveres depois de estrangulados, se os culpados não eram pertinazes, porquanto, neste caso, eram queimados vivos” (*Código Filipino ou Ordenações do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, 1870, pág. 1.148).

Por vezes, devia a morte, segundo a lei, ser imposta *cruelmente*. E elucida o comentador: “i. é, com todo o cortejo das antigas execuções, o que dependia da ferocidade do executor e capricho dos juízes, que neste e em outros casos tinham arbítrio” (ob. cit., pág. 1.154).

A terminologia era variada, nas Ordenações: por exemplo, “morra morte natural de fogo”. Era a queima do réu, vivo. Para certas aberrações sexuais, como o “pecado de sodomia”, esta era a cominação ao acusado: “seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória”. E seguia-se na lei um rol de punições complementares.

A pena capital era preferentemente designada como “morte natural”. Convém esclarecer: consistia na perda da vida, por sentença, em oposição a morte civil. Em certo lance o texto advertia: “morra morte natural na forca para sempre”. O pleonasma não deixava de ser intencional: nessa hipótese, “o padecente ia à forca da Cidade, onde morria, e ficava pendente até cair podre sobre o solo do patíbulo, insepulto, despindo-se seus ossos da carne, que os vestia: ali se conservavam até a tarde de 1.º de novembro, e eram conduzidos pela Confraria da Misericórdia em suas tumbas, para a sua igreja, e no seguinte dia os soterravam” (comentário reproduzido na obra de CÂNDIDO MENDES, pág. 1.192).

Ainda sobre o período colonial, consultem-se C. J. DE ASSIS RIBEIRO, *História do Direito Penal brasileiro*, Rio, 1943; WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito brasileiro*, Rio-São Paulo, 1952-1956, 2.º, 3.º e 4.º tomos; RUY REBELLO PINHO, *História do Direito Penal brasileiro — período colonial*, São Paulo, 1973, e *A organização da Justiça, o processo penal e o Direito Penal no Brasil holandês*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1956, vol. 243, pág. 16; OSMAN LOUREIRO, *A reforma penal no Brasil*, Maceió, 1955, e na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1955, ns. 5 e 6, pág. 21; AUGUSTO THOMPSON, *Escorço histórico do Direito Criminal luso-brasileiro*, São Paulo, 1976; LUÍS W. TORRES, *A sentença que condenou Tiradentes*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1963, vol. 330, pág. 17; JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *O Direito Penal indígena à época do descobrimento do Brasil*, São Paulo,

- 2 A obra assim menciona o seu título e procedência: *Institutiones Juris Criminalis lusitani*, Ex Typographia Regalis Academiae, Olisipone, 1794.
- 3 A crônica do acontecimento pode ser lida no livro de JOSÉ DO PATROCÍNIO Mota *Coqueiro ou a pena de morte*, Rio, 1877, que representa uma coletânea de escritos estampados na *Gazeta de Notícias*. Após haver sido enforcado Mota Coqueiro, considerado responsável pela chacina perpetrada contra Francisco Benedito e toda a sua família, soube-se que o autor do crime fora um caboclo de nome Herculano, que prestou a um filho, momentos antes de morrer, minuciosa confissão, pedindo fosse divulgada, com o esclarecimento de que Mota Coqueiro nada tivera a ver com o fato.

Versão que discrepa da mais vulgarizada encontra-se num artigo de RAIMUNDO DE MENEZES, *O enforcamento de Mota Coqueiro*, na revista *Investigações*, São Paulo, 1952, vol. 45, pág. 29.

- 4 VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *O centenário do Código Criminal*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1931, vol. 77, pág. 441, e *Pandectas Brasileiras*, Rio, 1930, 8.º vol., 5.ª parte, pág. 686. Consultem-se também, sobre a história do estatuto imperial, A. J. DA COSTA E SILVA, *O Código Criminal de 1830*, aditamento à obra *Código Penal*, 2.º vol., São Paulo, 1938, pág. 436, e LADISLAU THOT, *Estudo histórico, jurídico e comparativo do Código Criminal de 1830*, no *Arquivo Judiciário*, Rio, vol. 15, pág. 39 (suplemento).
- 5 Entre os seus comentadores, sobressaíram: THOMAZ ALVES JUNIOR, *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*, Rio, 1864-1883, em 4 vols.; FRANCISCO LUIZ, *Código Criminal anotado*, Maceió, 1885; JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, *Código Criminal brasileiro, comentário filosófico-científico, em relação com a jurisprudência e a legislação comparada*, Recife, 1889.
- 6 Cumpre mencionar, dentre os livros de comentários ao Código Penal de 1890: JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, *Código Penal comentado teórica e praticamente*, Rio, 1896-7, e *O Código Penal interpretado*, Rio, 1901; OSCAR DE MACEDO SOARES, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio, 1910 (a 3.ª edição); ANTÔNIO BENTO DE FARIA, *Anotações teórico-práticas ao Código Penal do Brasil*, São Paulo, 1919-20 (a 3.ª edição); GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal brasileiro*, Rio, 1921 e 1924 (a 2.ª edição em 1932); ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, São Paulo, 1930 e 1938, abrangendo só a Parte Geral, até o art. 86.

Interessantes dados acerca da história do nosso Direito Penal a partir dos primeiros anos de execução do Código de 1890 encontram-se em conferência de NÉLSON HUNGRIA, *A evolução do Direito Penal brasileiro, nos últimos 25 anos*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1944, vol. 147, pág. 347, e *Revista Forense*, Rio, 1943, vol. 95, pág. 5. Ver, também, a apreciação histórica de ROBERTO LYRA, *Código Penal*, em *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, por J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 9.º vol., pág. 244. No tratado, que chegou ao 7.º volume, ASÚA dedicou longas páginas ao desenvolvimento histórico do Direito Penal brasileiro, com indicação, perfeitamente em dia, da atividade bibliográfica. Cfr. *Tratado de Derecho Penal*, 1.º vol., Buenos Aires, 1950, pág. 1.046.

- 7 Veja-se o artigo de ALCÂNTARA MACHADO, *Para a História da Reforma penal brasileira*, na revista *Direito*, Rio, 1941, vol. 8.º, pág. 9. Foi publicada separata. Ainda, CÂNDIDO MOTTA FILHO, *Alcântara Machado e o novo Código Penal*, na *Revista Penal e Penitenciária*, S. Paulo, 1942, pág. 7; COSTA E SILVA, *Ligeiras observações sobre o trabalho da comissão revisora na sua primeira fase*, em *Justitia*, S. Paulo, 1958, vol. 20, pág. 9.

Foram palavras de NÉLSON HUNGRIA: “Já disse e repito que é de todo verdadeira a comparação no sentido de que o projeto Alcântara Machado está para o atual Código Penal como o projeto Clóvis Beviláqua está para o Código Civil”; “... o cerne, a medula, o granito do Código veio do projeto Alcântara” (conferência sob o título *A autoria intelectual do Código Penal de 1940*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1955, pág. 13). Nesse trabalho, HUNGRIA também pôs em relevo a larga contribuição da comissão revisora.

- 8 Acerca do Código Penal de 1940 apareceram as seguintes obras gerais, de análise: *Comentários ao Código Penal*, edição da *Revista Forense*, Rio, 1942-1958, vols. I, III, V, VII e IX (edição de 1958), de NÉLSON HUNGRIA; II, de ROBERTO LYRA; IV, de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO; VIII, de NÉLSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA; e IX (edição de 1944), de J. DE MAGALHÃES DRUMMOND; *Tratado de Direito Penal*, edição da Livraria Jacinto, Rio, 1942-3, vols. I, de OSCAR TENÓRIO; II, de JORGE SEVERIANO RIBEIRO; V, de JOSÉ DUARTE; VI, de ARY DE AZEVEDO

FRANCO; VII, de CARLOS XAVIER; VIII, de BENI CARVALHO; IX, de FRANCISCO DE PAULA BALDESSARINI; *Código Penal brasileiro comentado*, edição da Livraria Saraiva, São Paulo 1948-56, vols. 5.º e 7.º, de EDGARD MAGALHÃES NORONHA, 9.º, de FLAMÍNIO FÁVERO, e 10.º, 1.ª parte, de THEODOLINDO CASTIGLIONE; *Código Penal brasileiro*, de BENTO DE FARIA, Rio, 1942-3, em cinco volumes; *Tratado de Direito Penal*, de GALDINO SIQUEIRA, Rio, 1947, em quatro volumes; A. J. DA COSTA E SILVA, *Código Penal*, São Paulo, 1943, publicação póstuma; Código Penal, de JORGE SEVERIANO RIBEIRO, Rio, 1941, em 4 vols. (a 2.ª ed. em 1944); *O novo Direito Penal*, de RIBEIRO DE SOUSA, São Paulo, 1943-6, em 2 vols.; *O novo Código Penal*, coletânea de conferências proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por diversos professores, 1942, em dois volumes. O 1.º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo em 1942, deu ensejo a dissertações e debates em torno da nova legislação, que se acham coligidos nos respectivos *Anais*, em onze volumes. Também saíram a lume, com interessantes trabalhos sobre o Direito Penal, os *Anais* da 1.ª Conferência de Desembargadores, reunida no Rio em julho de 1943. Ver, ainda, os *Anais da semana comemorativa do duodécênio do Código Penal*, realizada em outubro de 1954 no Rio, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1955, ns. 5 e 6.

Não mencionamos nesta resenha as monografias e outros estudos de âmbito limitado, aos quais nos reportaremos, quando oportuno, em diferentes passos deste livro.

Por ocasião de nova tiragem da 4.ª edição, fizemos na presente nota um aditamento para consignar a publicação de não poucas e muito importantes obras gerais que foram sendo editadas: NÉLSON HUNGRIA, IX vol. dos *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1958, abrangendo os arts. 250 a 361; EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, em quatro volumes, São Paulo, 1959/62; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1954/56, em três volumes, depois ampliados para quatro na obra nova *Tratado de Direito Penal*. A publicação inicial foi do 4.º vol., em 1961, seguindo-se pouco depois a dos volumes anteriores; ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, parte geral, em três tomos,

Rio, 1956/62, a que se seguiu mais tarde o 4.º tomo, relativo à parte especial; SALGADO MARTINS, *Sistema de Direito Penal*, introdução e parte geral, Rio, 1957; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, parte especial, em quatro volumes, São Paulo, 1958/9; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Direito Penal* (crimes contra a pessoa), São Paulo, 1959.

A presente edição dá-nos oportunidade para consignarmos o aparecimento de novas obras gerais, sem termos o intuito, que seria dificilmente exequível, de exaurir a lista: HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, parte geral, São Paulo, 1978 a 3.ª edição; o mesmo penalista está dirigindo, com ativa participação sua, a reedição dos *Comentários ao Código Penal* de NÉLSON HUNGRIA, tendo iniciado o empreendimento em 1977; ainda: do pranteado Professor JOSÉ SALGADO MARTINS a obra póstuma *Direito Penal*, introdução e parte geral, São Paulo, 1974, que sucede ao seu *Sistema*; de EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, como obra póstuma, circula nova edição de *Direito Penal (Crimes contra a pessoa)* revista, ordenada e atualizada por EVERARDO DA CUNHA LUNA, São Paulo, 1973; ROQUE DE BRITO ALVES, *Direito Penal*, parte geral, Recife, 1973 (já com sucessivas edições); VICENTE SABINO JÚNIOR, *Princípios de Direito Penal*, parte geral, São Paulo, 1965; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Curso de Direito Penal*, São Carlos, 1967 o 1.º vol. e Bauru, 1969 o 2.º; do mesmo autor, *Direito Penal*, em dois volumes, abrangendo um a parte geral e o outro a parte especial, São Paulo, 1979 a 4.ª edição.

Em regra, estamos-nos abstendo de ministrar dados sobre as novas edições que na sua maioria vêm tendo os livros indicados.

9 Apreciou artigo por artigo o Código de Processo Penal EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, em sete volumes, Rio, 1942-5; a *Revista Forense*, do Rio, publicou alguns volumes da coleção, que não se concluiu, dos *Comentários ao Código de Processo Penal*, tendo saído os vols. III, de BASILEU GARCIA; V, de FLÔRENCIO DE ABREU; e VI, de ROBERTO LYRA. Outros livros sobre o mesmo Código: BENTO DE FARIA, *Código de Processo Penal*, Rio, 1942, em dois volumes; ANTÔNIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*, Rio, 1942-3, em quatro volumes; ARY DE AZEVEDO FRANCO, *Código de Processo Penal*, Rio, 1942, em dois volumes; SADY CARDOSO DE GUSMÃO, *Código de Processo Penal*, Rio, 1942; HÉLIO BASTOS TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio, 1956.

Posteriormente vieram a lume: JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, em três volumes, Rio, 1961/62; VICENTE DE PAULO

VICENTE DE AZEVEDO, *Curso de Direito Judiciário Penal*, em dois volumes, São Paulo, 1958; HÉLIO

TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, em cinco volumes, Rio, 1959; E. MAGALHÃES NORONHA, *Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo, 1964.

- 10 Dissertaram sobre esse estatuto MANUEL CARLOS DA COSTA LEITE, *Lei das Contravenções Penais*, São Paulo, 1976 (sucede a obra já esgotada, há muitos anos publicada a respeito da matéria); e MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Contravenções penais*, São Paulo, 1975, com 2.^a edição em 1978. Os livros mais antigos são os de BENTO DE FARIA, *Das contravenções penais*, Rio, 1942; JOSÉ DUARTE, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, Rio, 1944; e SADY CARDOSO DE GUSMÃO, *Das contravenções penais*, Rio, 1942.
- 11 A propósito desse Código, DEMOSTHENES MADUREIRA DE PINHO (o falecido professor participou da comissão elaboradora do projeto), *O novo Código Penal Militar*; no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1944, pág. 31 (suplemento); e HOMERO PRATES, *Código Penal Militar (Decreto-lei n.º 6.227, de 24 de janeiro de 1944)*, em *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 9.º vol., pág. 252.

VI

A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Sumário

48 — O princípio da legalidade dos delitos e das penas. 49 — Reação à regra básica do Direito Penal contemporâneo. 50 — Irretroatividade, em tese, da lei penal, e retroatividade benéfica. 51 — Ultratividade da lei excepcional ou temporária. 52 — Limites e restrições ao império do princípio *nullum crimen*: repressão de emergência, o sistema processual, as normas penais em branco. 53 — Interpretação da lei penal. 54 — A lei penal no espaço. 55 — A propósito do art. 4.º do Código Penal: a noção de território, o mar litorâneo e o espaço aéreo. 56 — Extraterritorialidade excepcional. 57 — Eficácia de sentença estrangeira. 58 — A lei penal em relação às pessoas. 59 — Os arts. 8.º, 9.º e 10 do Código Penal.

Introdução

A disciplina da aplicação da lei penal na Parte Geral de 1984 foi tratada de forma mais minuciosa em comparação com o Código de 1940. Segundo a Exposição de Motivos procurouse, em primeiro lugar, dar mais efetividade à regra de que a *lex mitior* (lei menos gravosa), visando garantir que ela seja aplicada da forma mais ampla possível para os casos anteriores à sua vigência, inclusive. No tema da lei penal no espaço, o atual Código procurou ser mais específico do que foi o seu antecessor, com objetivo de afirmar a plena adoção da teoria da ubiqüidade em nosso direito penal. Com esse objetivo, a Comissão de Reforma de 1984 emprestou do Código de 1969 a redação do atual

artigo 6.º, que fala não em território nacional, mas apenas em “lugar em que ocorreu a ação ou omissão” (REALE JR., 2002: 110).

O tema da lei penal no espaço foi objeto de substancial desenvolvimento nas últimas décadas, sobretudo na esfera internacional. Uma síntese dessas mudanças é apresentada no texto ao final do Capítulo I deste livro, sobre a relação entre o direito penal e o direito internacional público. O presente capítulo, além de indicar as alterações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro, relaciona os principais trabalhos produzidos sobre cada um dos temas tratados aqui.

48 — São assuntos muito relacionados os que se referem às fontes do Direito Penal, à interpretação da lei penal e à eficácia da lei penal no tempo. Filam-se ao princípio máximo desse ramo jurídico, segundo o qual não há crime nem pena sem lei anterior. Enunciando-o, deve-se reconhecer que, nos sistemas que o perfilham, só a lei positiva é fonte do Direito Penal. O costume, a moral, a doutrina, a equidade, a jurisprudência, atuam tão-só na qualidade de meios inspiradores da elaboração jurídico-penal, de que é veículo próprio o texto legal escrito. O nome de fontes indiretas ou mediatas, que, por isso, às vezes se lhes dá, pode ser usado, mas com as devidas reservas e sem rigor técnico.¹

A despeito de ter a Carta Magna imposta pelos nobres ao rei João Sem Terra, da Inglaterra, em 1215, preceituado que nenhum homem livre poderia ser punido sem lei, cabe indubitavelmente à Revolução Francesa, com as pregações doutrinárias que a precederam, a glória de haver incorporado realmente o referido princípio às cartas políticas e aos códigos penais de todo o mundo civilizado. Apareceu ele na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, veio a figurar no Código Penal francês de 1791, e enorme foi, depois, a irradiação que teve.

Ele é designado na doutrina pelos nomes de princípio da legalidade dos delitos e das penas, ou, simplesmente, da legalidade, ou da reserva legal.

Nos primeiros tempos, a aplicação dessa norma basilar foi exagerada. Se não podia haver crime nem pena sem lei anterior, entendeu-se que, permanecendo o juiz estritamente ligado ao dispositivo penal, ficaria mesmo impedido da menor flexibilidade, só compatível com um certo arbítrio.

De fato, no Código Penal francês de 1791 foi absolutamente rígida a aplicação da lei pelo juiz, que tinha de impor a pena imutável designada no texto. Com algum abrandamento, a recusa de iniciativa ao magistrado manteve-se no Código napoleônico, de 1810.

Tornou-se necessário que, através das reformas de 1824 e 1832, se temperasse esse férreo mecanismo, o que aconteceu com se admitirem as circunstâncias

atenuantes, às quais a lei, na França, atribuiu grande poder moderador das penas.

Em geral, hoje, não se entende haver colidência entre a legalidade dos delitos e das penas e a relativa maleabilidade na aplicação penal. Os códigos modernos, sem desprestigiar a importantíssima regra, não deixam de conferir ao juiz algum poder, maior ou menor, na fixação das sanções, tendendo, assim, à individualização.

Mas pela intransigente atinência ao princípio poder-se-ia chegar a excluir de todo o arbítrio judicial, e foi mesmo como uma reação à desmedida liberdade do julgador que ele surgiu.

Nos desmandos que assinalavam outrora a repressão penal, em épocas em que o magistrado podia aplicar a lei quase sem nenhum controle e as penas eram marcadamente cruéis, o arbítrio ligava-se à ausência de espírito humanitário. Entretanto, os costumes foram-se suavizando, e o consenso geral reclamou a moderação dos castigos. Enquanto permaneciam em vigor aquelas leis bárbaras antigas, os próprios magistrados foram sentindo a necessidade de atenuar-lhes a severidade, servindo-se dos seus ilimitados poderes. Se, por um lado, se mostrava equitativa a amenização de textos eivados de anacrônica implacabilidade, tal método prestava-se a intencionais desvios da atividade judicante, em prol dos mais favorecidos pela fortuna e pela posição social. Assim, o princípio da legalidade dos delitos e das penas apareceu como uma conquista contra o arbítrio judicial em todas as suas manifestações.

Da análise do brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* (ou *sine praevia lege*), cujo enunciado latino, inspirado por FEUERBACH, atendeu à conveniência da sua universalização, depreende-se existirem nesse princípio duas espécies de garantias asseguradas ao cidadão perante a Justiça: quando se declara que nenhum crime pode ser admitido sem lei anterior, cria-se uma garantia de ordem criminal; quando se diz que nenhuma pena pode ser aplicada sem lei anterior, firma-se uma garantia de ordem penal.

No desdobramento do princípio, têm os escritores considerado a vantagem de se instituir terceira decorrência. Será a garantia executiva, de tal forma que também na execução das penas não seja possível a atividade da autoridade administrativa sem lei anterior que a discipline. Alguns penalistas preferem denominá-la, em linguagem mais direta, “garantia penitenciária”. Com o desenvolvimento da chamada ciência penitenciária, que procura organizar sistemas harmônicos de meios para que as penas privativas de liberdade sejam eficazmente cumpridas, será viável, cada vez mais, regular-se a tarefa executória, de modo a constituir essa terceira garantia uma realidade.

No Seminário Latino-americano sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, promovido pelas Nações Unidas no Rio de Janeiro em abril de 1953 e encerrado em São Paulo, ao serem enunciadas as regras mínimas para o tratamento do presidiário, recomendou-se aos países que participaram dos trabalhos adotar o sistema de legalidade na repressão das faltas, preconizando-se que a conduta integradora de infração disciplinar seja sempre determinada por lei ou regulamento, em dispositivos que fixem o caráter e a duração das sanções a serem aplicadas e designem a autoridade competente para impô-las. Com estas garantias: não poderá o preso ser castigado sem base em lei ou regulamento e nunca duas vezes pelo mesmo

fato; sem ser informado da infração que se lhe atribui, para que se defenda; sem que a autoridade competente proceda a exame completo do caso. A sanção disciplinar poderá ser imposta com suspensão condicional, em caso de primeira infração, quando a conduta anterior aconselhe o benigno alvitre. A adoção de semelhantes regras constitui na atualidade uma tendência generalizada.

As regras mínimas para a prevenção do crime e o tratamento do delinquente têm sido aperfeiçoadas e cada vez mais propagadas através dos congressos quinquenais promovidos em diversos países pela Organização das Nações Unidas.

O princípio da legalidade na execução das penas foi incorporado no âmbito legislativo interno pela Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84). Esclarece a Exposição de Motivos da LEP que “o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito” da Lei, “de forma a impedir que o excesso ou desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal” (n.º 19). “Excesso ou desvio de execução” é a expressão técnica escolhida pelo Legislador para designar a execução da pena em desconformidade com a sentença que a impõe, conforme estabelece o art. 185 da LEP, que o define como a prática de quaisquer atos de execução que extrapolem os limites fixados pela sentença condenatória e por normas legais ou administrativas.

No âmbito internacional, houve outros desenvolvimentos de relevo no que tange a regras mínimas para o combate ao crime e o tratamento de prisioneiros. Nesse sentido, destacam-se, entre muitos outros, o Código de conduta para agentes de aplicação da lei (1979), os Procedimentos para a efetiva implementação das regras mínimas de tratamento de prisioneiros (1984), o Acordo-modelo para transferência de prisioneiros estrangeiros (1985), as Recomendações para o tratamento de prisioneiros estrangeiros (1985), os Princípios básicos para o tratamento de prisioneiros estrangeiros (1990) e as chamadas Regras de Tokyo (1990), que estabelecem parâmetros mínimos para a execução de penas não privativas de liberdade. Todo esse material pode ser consultado no site da Rede de Informações das Nações Unidas sobre Crime e Justiça (UNCJIN), no endereço <<http://www.uncjin.org>>.

49 — Na expansão que, da França, o princípio da legalidade dos delitos e das penas teve para todos os países civilizados, há uma ressalva a fazer quanto à Inglaterra, não obstante o que estabeleceu a Magna Carta de 1215. Nas ilhas britânicas, as normas jurídicas, na sua maior parte, não são escritas (*statute law*) e sim consuetudinárias (*common law*): é o costume, filtrado pela jurisprudência, a fonte primordial da legislação repressiva. Assim, em virtude do sistema jurídico vigente e sem embargo do culto prestado sempre à liberdade individual, naquele país não impera o princípio que estudamos, no sentido da preexistência, ao fato, de texto

expresso de Direito positivo. Nos Estados Unidos, também, é a *common law*, de raízes inglesas e aperfeiçoada pela elaboração jurisprudencial dos tribunais americanos, a grande fonte do Direito Penal, por vezes modificada por leis escritas.

Entretanto, se relativamente ao Direito anglo-americano não cabe falar em reação à regra básica do Direito Penal contemporâneo, é possível observá-la em alguns países de regime autoritário, como a Rússia — e também a Alemanha, enquanto perdurou o Estado nazista.

A Rússia² foi o primeiro país que, por motivos relacionados com a organização estatal, lhe negou eficácia. Ali, o indivíduo está inteiramente submetido ao Estado, e, assim, não se concebe que se lhe reconheçam direitos que limitem a ação estatal pelo órgão da sua Justiça repressiva. Na frase de VON LISZT, o Código Penal dos tempos modernos, fundado no critério da legalidade dos delitos e das penas, é como que a Carta Magna do criminoso, porque, inscrevendo-se em tal estatuto as regras substantivas que pautam as decisões judiciais, se estabelecem garantias para o acusado. Bem se compreende, pois, que nos regimes em que se dá a hipertrofia do Estado em face do indivíduo surjam hostilidades ao princípio em apreço, cuja origem liberal-individualista é evidente.

O art. 6.º do Código Penal soviético de 1926 formulou o seguinte conceito de delito: “Reputa-se perigosa toda ação ou omissão dirigida contra a estrutura do Estado soviético, ou que lese a ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses para a época de transição à organização social comunista. Não se considerará como delito o fato que, não obstante reúna os caracteres formais previstos em algum dos artigos deste Código, careça de caráter perigoso pela sua manifesta insignificância e por falta de conseqüências danosas”.

Nesse estatuto outorgava-se importância acentuada à análise do perigo social do criminoso, mas os interesses do regime é que eram precipuamente tutelados na lei penal. A periculosidade devia ter uma avaliação predominantemente política. Era possível que o fato apresentasse a configuração de crime sem que devesse ser considerado como tal, desde que não fosse “perigoso, pela sua manifesta insignificância e por falta de conseqüências danosas”.

A conclusão negativa sobre o dano, aquilatado à luz do critério político, conduziria à isenção de pena. Por outro lado, não faria falta, para condenar, a lei penal expressa. Recomendando a analogia, em inquestionável renúncia ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, declarava o art. 16 do mencionado estatuto: “Quando algum fato perigoso não se ache expressamente previsto neste Código, o fundamento e a extensão da sua responsabilidade determinar-se-ão com atinência aos artigos desta lei que prevejam os delitos mais semelhantes”.

Em 25 de dezembro de 1958, porém, o Soviet Supremo da U.R.S.S. adotou novos “Fundamentos” da legislação penal, que retomaram o princípio da legalidade dos delitos e das penas, afirmando que a conduta punível devia ser socialmente perigosa e *prevista pela lei penal*. Em consonância com essa orientação, um novo Código Penal foi promulgado em 1960 e entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1961. O seu art. 6.º estabelece que a criminalidade e a punibilidade do fato são determinadas exclusivamente pela lei que lhe é contemporânea, ficando vedada a retroatividade da lei nova incriminadora ou de agravação da pena.³

A questão da analogia é por vezes tratada a propósito da interpretação das leis penais. Entretanto, muito mais do que um meio utilizável na interpretação, a analogia é um método de ampliação e extensão do âmbito da norma jurídica: aplica-se a um fato, não previsto por lei, uma lei destinada a prever fatos semelhantes.⁴ É suficiente esse conceito para se ver que a sua utilização no campo repressivo, para o fim de punir, aberrava inteiramente do princípio da legalidade dos delitos e das penas, e que ela não pode ser consentida no Direito Criminal dos povos que o inscrevem no pórtico da sua legislação.

No Direito privado é admissível a analogia. Entre nós, a regra do art. 7.º da antiga Introdução do Código Civil mandava aplicar, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito. Esse preceito foi reproduzido na posterior Lei de Introdução (art. 4.º), em texto ligeiramente acrescido, para abranger os costumes. Mas, entre os povos que defendem a legalidade dos delitos e das penas, não se compreende a analogia como fonte criadora ou reveladora do Direito punitivo.

Na Alemanha nazista, ocorreu a esperada oposição ao princípio tradicional. O Código Penal alemão de 1871 consignava-o também. Em 1935, o dispositivo referente ao assunto teve nova redação, pela qual se determinou ao juiz que, na hipótese de se defrontar com fato não previsto na lei, podia aplicar pena por analogia, desde que se baseasse no conceito fundamental de uma lei penal e tivesse em vista a sã consciência popular. Recorrendo ao método analógico, devia o magistrado germânico meditar sobre as razões supremas que conduzem à punição das ações humanas e auscultar o consenso geral, o sentir do povo, naturalmente à moda pela qual o sentimento popular era interpretado pelos detentores do poder...⁵

Em fascículos diversos, de 1937, da *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, de Paris, vimos dois artigos, um de PAUL COSTE-FLORET, outro de E. HAMBURGER — o primeiro sobre a analogia na França; o segundo, sobre a analogia na Alemanha.⁶ É curioso o paradoxo resultante das duas contribuições postas em confronto. Tem-se que, na França, a legislação criminal é legalista. Ali nasceu o princípio da legalidade dos delitos e das penas, e o Código francês o conserva em toda a sua intangibilidade. Na Alemanha, quando escrevia FLORET, estava-se em um momento de renovação do Direito Penal e era irrestrita a oposição do legislador a esse princípio. O articulista observa, porém, da parte do magistrado francês, como que um trabalho pretoriano, no sentido da interpretação extensiva no Direito Penal e no sentido de adotar, pouco a pouco, o método analógico. Então cita diversos julgados, procurando demonstrar que, em antagonismo com as normas escritas do Código Penal, em muitos casos os tribunais gauleses têm feito aplicação de penas por mera analogia. Daí conclui existir, na França, tendência a libertar-se o juiz da aplicação restritiva do Direito Penal.

HAMBURGER vislumbrou, da parte dos magistrados alemães, no período nazista, certa má vontade para com o sistema da aplicação das penas por analogia, através de passiva resistência aos textos legais que a permitiam. Entrevia como causa dessa atitude a formação intelectual e jurídica dos juizes. Era natural que os julgadores que aprenderam Direito Penal na obra de VON LISZT encarassem com relutância os excessos punitivos a que podia levar o emprego da analogia.

A influência hitlerista foi, entretanto, erradicada do Direito germânico após a

ocupação dos aliados ocorrida em 1945.

Antes da lei alemã de 1935, o Código Penal dinamarquês de 1930 facultou, no seu art. 1.º, o uso da analogia, declarando que as normas penais se aplicariam aos fatos não previstos, desde que inteiramente assimiláveis aos disciplinados na lei. Sem qualquer preocupação política, o enunciado legislativo, mantido pela tradição, radicava-se no Código de 1866, que já admitia certa extensão analógica.⁷

Na Itália fascista, não se registrou oposição ao princípio da legalidade dos delitos e das penas. A Escola Técnico-Jurídica, que influiu poderosamente na elaboração do Código italiano de 1930, é legalista e inspirada na doutrina clássica. Apesar disso, nota-se, quanto à aplicação da lei penal, por parte dos adeptos do tecnicismo jurídico, critério um tanto diverso da diretriz clássica. Os clássicos sustentavam a regra *in dubio pro reo* e a aplicavam, não só em matéria de prova, como também no assunto da interpretação das leis, entendendo que, na incerteza sobre os sentidos do texto, se deveria optar pelo mais favorável ao acusado. Os partidários do tecnicismo jurídico, enraizados no princípio da legalidade dos delitos e das penas, não acolhem tal regra. Também não se passam ao campo oposto, dos escritores filiados ao positivismo penal, que sustentam *in dubio pro societate*.

Os penalistas da Escola Técnico-Jurídica entendem que, em caso de dúvida, se deve imparcialmente pesquisar toda a força contida na disposição penal e dar ao seu conteúdo a maior eficácia, quer favoreça o acusado, quer a sociedade. É uma nova manifestação de fidelidade dessa corrente ao princípio da legalidade dos delitos e das penas: ser a lei aplicada como se compreende no seu texto, alcançando-se com exatidão o seu objetivo.

50 — O art. 1.º do nosso Código Penal declara: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. É evidente que nesse dispositivo se consubstancia o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Parte Geral de 1984, art. 1.º

No mesmo artigo está implícita a regra geral da irretroatividade das leis penais. Mediante a aplicação retroativa de uma lei penal, dar-se-ia a punição sem prévia lei. Ter-se-ia, ao contrário do que adverte o art. 1.º na sua indicação marginal, a anterioridade do fato à lei, e não a anterioridade da lei ao fato.

A irretroatividade das leis penais fixou-se em norma constitucional. O art. 141, § 29, da Constituição Federal de 1946, declarou: “A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”.

A Constituição de 1967, no art. 150, § 16, estabeleceu que seja “observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. Repetiu-se a Emenda Constitucional de 1969.

Na Constituição de 1988, a matéria foi desdobrada em três incisos do art. 5.º. Em primeiro lugar, é de se lembrar o inciso II,

segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; já o inciso XXXIX estatui que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; por fim, o inciso XL estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Como se vê por esses textos, não se instituiu em nossas cartas políticas de maneira absoluta a irretroatividade das leis em matéria penal. À regra geral da irretroatividade se incorpora a exceção da retroatividade benéfica. Retroagem os preceitos que beneficiam o acusado.

Firmada no art. 1.º a regra geral da irretroatividade, o art. 2.º soluciona os problemas da aplicação da lei penal no tempo, em face da exceção da retroatividade benéfica. Reza esse artigo: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. — A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível”.

O Código de 1984 manteve idêntica a redação do *caput* do artigo 2.º, mas modificou a redação de seu parágrafo único, de forma a tornar mais extensiva a retroatividade da lei penal benéfica. Estatui o mencionado dispositivo que “a lei posterior, que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Pela redação do Código de 1984, a lei nova poderá retroagir quando, de qualquer forma — e não só por cominar pena menos rigorosa –, beneficiar agente condenado por decisão transitada em julgado. Assim, poderá haver retroatividade normativa, mesmo em casos de condenação definitiva, quando a nova lei estabelecer formas mais benéficas de execução, reduzir prazos prescricionais, criar causas de extinção da punibilidade, eliminar reincidência específica etc. (REALE JR., 2002: 101).

Suponha-se que o acusado praticou um ato incriminado pelo Código de 1890 e que, enquanto decorria a ação penal, sobreveio o atual estatuto, deixando de contemplar aquele ato, com o propósito de considerá-lo não criminoso. O art. 360 do Código de 1940 revogou expressamente a legislação criminal anterior, ressaltando determinadas leis especiais. Assim, as modalidades delituosas das quais ele não tratou foram abolidas, se não permaneceram nessas leis especiais. Não poderia, nesse caso, ser condenado o acusado.

Um exemplo: o art. 267 do Código Penal de 1890 punia a sedução de mulher virgem menor de vinte e um anos. O atual Código [1940] reduziu esse limite de idade a dezoito anos (art. 217). O ato — antes criminoso — de sedução da jovem de dezenove ou vinte anos passou a ser considerado indiferente ao Direito Penal. Tornou-se cabível, em favor do réu, em tais condições, a exceção da retroatividade benéfica.

A Lei n.º 11.106/2005 promoveu grande reforma nos delitos sexuais, e a conduta até então tipificada como sedução (art. 217) deixou de ser considerada criminosa. Dessa forma, haverá, nos casos em que houve condenação por tal crime, retroatividade da lei penal, aproveitando, inclusive, condenados por decisões transitadas em julgado, com fundamento no *caput* do art. 2.º do Código Penal.

Na sua segunda parte, o art. 2.º determina que, em casos como esse, teriam de cessar, em virtude da lei nova mais benigna, a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Mesmo, portanto, que o acusado já estivesse condenado e cumprindo pena, deveria ser restituído à liberdade. Por dobrado motivo, seria imediatamente paralisada a ação penal que, acaso em andamento ao entrar em vigor o atual Código [1940], ainda não tivesse chegado à sentença.

Dizendo que cessam os efeitos penais da sentença condenatória, o legislador resguardou-lhe as decorrências civis, que perduram. A condenação criminal torna certa a obrigação, por parte do sentenciado, de reparar o dano resultante do crime. Essa obrigação a lei nova deixa intangível. No exemplo citado, a superveniente impunibilidade do fato não impediria a vítima de reclamar ao causador da sua desonra a indenização já antes cabível.

A aplicação do art. 2.º, *caput*, do Código Penal não encontra obstáculo na coisa julgada, ou seja a relação de direito decidida por sentença condenatória irrecorrível.

Já o parágrafo único desse artigo entra em distinções, quanto à existência ou não de coisa julgada. Fixa duas hipóteses:

a) A lei nova favorece o acusado por maneira que não a do corpo do art. 2.º, nem a aqui indicada na letra *b*. Vale dizer: não inocenta o fato que antes era criminoso, nem lhe comina pena menor que a da lei antiga. Mas beneficia o imputado de outro modo qualquer, como, por exemplo, inserindo uma atenuante que a lei antiga desconhecia, ou reduzindo o prazo da prescrição. Dar-se-á a aplicação retroativa somente se o fato não tiver sido definitivamente decidido. Respeita-se a coisa julgada.

b) A lei nova comina pena menos rigorosa do que a lei antiga. Retroage sempre, ainda que depare sentença com trânsito em julgado.

Estabeleceu-se, pois, na própria exceção da retroatividade benéfica, uma exceção, que restaura nesse passo a regra geral da irretroatividade. A *Exposição de motivos* explica porquê: “Há uma conveniência de ordem prática a justificar este

último critério, diverso do primeiro. Evita-se com ele uma extensa e complexa revisão ou ajustamento de processos já ultimados. Se injustiça grave surgir nalgum caso concreto, poderá ser facilmente remediada com um decreto de *graça*". (Graça é a faculdade, concedida na Constituição ao Presidente da República, de perdoar criminosos).

Feitas essas observações, que atendem ao significado do parágrafo único do art. 2.º e à elucidação que lhe deu o Ministro da Justiça nas linhas de apresentação do Código, lembraremos que as garantias da liberdade individual estavam frouxamente delineadas na Carta política de 1937, sob a qual adveio o Código de 1940. Tendo a Constituição de 1946 estipulado que a lei penal só retroagiria quando beneficiasse o réu, significou que retroagiria sempre que o beneficiasse. Assim, aniquilou a restrição, contrária à retroatividade benéfica, consubstanciada na parte inicial do parágrafo único do art. 2.º do Código Penal. E passou-se a entender que a lei retroativa mais favorável agiria mesmo contra a coisa julgada.⁸ Perante o atual enunciado constitucional, não há motivo para se modificar esse entendimento.

O Código de 1984 resolveu, vez por todas, a dúvida, ao estabelecer, no parágrafo único do art. 2.º, que a lei que "de qualquer modo" favorece o agente deverá retroagir, concertando-se a legislação penal com o entendimento perfilado por Basileu Garcia, como indicado anteriormente. Vale mencionar que a Constituição de 1988 reafirmou a retroatividade da lei penal benéfica (art. 5.º, inc. XL).

No conflito entre as leis penais no tempo é, pois, sempre relevante averiguar qual a lei que se mostra mais favorável. Por ela se inclinará o magistrado.

Assim, é de boa técnica dizer-se que, às vezes, a lei antiga apresenta ultratividade. Se for mais favorável, prevalecerá ao tempo da vigência da lei nova. Prevalecerá, apesar de já estar revogada.

A matéria é presidida pelo aforismo: *tempus regit actum*. A lei da época do fato é que, em tese, deve ser aplicada, em consonância ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, o qual conduz à necessária anterioridade da lei penal. Mas, se a lei nova é mais favorável, uma inegável imposição do senso de equidade manda aplicá-la retroativamente, cessando então a natural ultratividade da lei contemporânea ao acontecimento. Cabe falar-se, por conseguinte, numa extratividade das leis penais, manifestando-se, conforme o caso, em ultratividade ou retroatividade.

A retroatividade excepcional contraria o princípio do art. 1.º, mas justifica-se plenamente. O Estado, por dois dos seus poderes — o Legislativo e o Executivo, reconhece, ao instituir a nova lei, que a antiga era demasiado rigorosa. Cancela da lista das infrações uma figura delituosa, ou lhe reduz as penas. Não seria lógico que o próprio Estado, por outro dos seus poderes — o Judiciário, perseverasse em querer punir alguém por um delito que deixou de o ser ou fizesse empenho em conservar,

na aplicação das penas, a mesma severidade que entendera excessiva.

Nem sempre é fácil atinar com a lei mais favorável. Por vezes, a lei antiga favorece sob determinado aspecto e prejudica sob outro. Pode acontecer que, no grau mínimo da pena, a lei nova seja preferível e que não o seja no grau máximo. Deve-se verificar, então, qual a lei que, em concreto, é mais branda, e preferi-la.

Critério que tem sido preconizado é o de evitar-se combinar a lei antiga com a lei nova. Ou se aplica a lei antiga, ou a nova. Misturá-las, para extrair um resultado mais favorável, equivaleria — tem-se ponderado — a criar uma terceira lei, com a qual o juiz se sobreporia à autoridade do legislador. Da simbiose dos textos adviria, com efeito, uma norma que tanto seria diferente da antiga como da atual.

Esse critério, como orientação geral, é exato. Mas há casos em que a sua observância estrita leva a conseqüências clamorosamente injustas, e será necessário temperá-lo com um pouco de equidade. A própria Lei de Introdução do Código Penal (Dec.-lei n.º 3.914, de 1941), procurando resolver algumas hipóteses de conflito de leis no tempo, admitiu, em certa passagem, a combinação da lei antiga com a nova.⁹

A Lei de Introdução ao Código Penal permanece em vigor, e a Parte Geral de 1984 nada trouxe a respeito da combinação de leis em favor do acusado. Permanece, portanto, a dúvida na doutrina, mas é mister assinalar que Francisco de Assis Toledo, que presidiu a Comissão de Reforma de 1984, admite a possibilidade de combinação de leis (*lex tertia*) para beneficiar o acusado: “Parece-nos que uma questão de direito transitório só pode ser convenientemente resolvida com a aplicação dos princípios de hermenêutica, sem exclusão de qualquer deles. E se, no caso concreto, a necessidade de prevalência de certos princípios superiores conduzir à combinação de leis, não se deve temer este resultado, desde que juridicamente valioso” (TOLEDO, 2004: 38).

Havendo dúvida séria quanto à escolha da lei aplicável, será justo aquiescer-se à preferência manifestada pelo próprio acusado. Ele, o maior interessado, poderá opinar, por exemplo, se acha mais pesada a multa que a prisão.

Não oferece dificuldade saber qual a lei aplicável quando três são sucessivamente editadas, da época do fato à do julgamento, e a menos severa surge intermediariamente. Esta é que se aplica, conforme o entendimento mais comum entre os autores. Ela tem retroatividade, que lhe dá primazia sobre a anterior, e ultratividade em relação à subsequente, como decorre das razões já expostas.¹⁰

51 — O art. 3.º do Código Penal afirma a regra da ultratividade da lei excepcional ou temporária. Dispõe: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

Nesse dispositivo, as palavras “embora decorrido o período de sua duração” inculcam o conceito de lei temporária — a que tem duração prefixada; e as palavras “cessadas as circunstâncias que a determinaram” ministram o de lei excepcional — a que tem a missão de regular certas necessidades transitórias, resultantes geralmente de crises sociais ou políticas. A lei excepcional destina-se a vigorar temporariamente, como é óbvio, mas só se chamará — lei temporária, quando o respectivo contexto mencionar o término da sua vigência. Não o fazendo cessarão um dia os seus efeitos. Será quando desaparecerem as condições de fato que a determinaram, ou quando uma lei nova a revogar.

A lei excepcional ou temporária é ultrativa. Superada a sua fase, pautará a apreciação dos fatos ocorridos sob a sua vigência. Se assim não se tivesse estabelecido, os autores de delitos por ela abrangidos procurariam, por todos os meios, procrastinar o seu julgamento, visto que a impunidade seria apenas uma questão de tempo. Além disso, a possibilidade de cessação da eficácia punitiva da lei desarmá-la-ia da sua força intimidativa.

O reconhecimento de tal ultratividade parece importar em recusa de retroatividade à lei posterior mais benigna, ao que se opõe a já referida norma constitucional. Como solucionar a questão?

Que é de toda vantagem propiciar a ultratividade da lei excepcional ou temporária, não há dúvida. Se assim não fora, os processos pelas respectivas infrações e mesmo o cumprimento das penas teriam de iniciar-se e consumir-se antes do término da vigência da lei, o que é quase sempre inexecutável. Resta averiguar se o que convém é permitido.

Há uma relevante distinção a traçar. Pode suceder que, ao período de vigência da lei excepcional ou temporária, não se siga lei alguma sobre a matéria, ou, inversamente, que uma sobrevenha, mais favorável. Nessa última hipótese, será impossível impedir a aplicação da *lex mitior*. Se, todavia, como é freqüente, não houver lei ulterior mais benigna, inexistirá razão para negar-se aplicabilidade à lei excepcional ou temporária, com a qual não colide lei alguma. Não se pode, pela simples falta de preceito novo regulador da relação jurídica, impedir a incidência de uma lei penal que, oportunamente, abrangeu precisamente o caso e que conserva a sua atividade em virtude da regra genérica do Código, consubstanciada no seu art. 3.º.¹¹

Ao agir, então, a lei antiga não estará sendo retroativa — o que o preceito constitucional embarçaria, por não ser ela favorável — mas ultrativa, o que é bem diferente. Consiste a retroatividade na ação da lei nova sobre o passado, regulando os efeitos e conseqüências de atos nascidos antes da sua publicação. Lei retroativa é, pois, a lei *em vigor* que rege fato *antecedente* à sua vigência. Não é o que se dá com a ultratividade, em que se aplica a lei já *extinta*, mas *contemporânea* ao caso, com pontual observância do postulado *tempus regit actum*. Assim, a hipótese não incorre na censura da norma constitucional.

As ponderações que fazemos são tanto mais de acolher quando — e isso também comumente se verifica — o legislador toma a cautela de, ao redigir a lei

excepcional ou temporária, advertir, declaradamente, que as incriminações subsistirão após o tempo predestinada à lei.¹² Desse modo, ela, inequivocamente, se estende para o futuro, e o seu caráter de temporária ou excepcional se torna secundário, porque a mesma vontade legislativa que a delimitou temporalmente para o enquadramento penal de fatos nocivos lhe atribuiu, podendo fazê-lo, o indispensável protraimento da eficácia.

Reconhecemos, porém, que todas as dúvidas sobre esta questão se dissipariam se um cuidadoso preceito constitucional dissesse que a lei penal que favorece retroage, “respeitada, todavia, a ultratividade da lei excepcional ou temporária”.

52 — Na legislação especial sobre delitos contra a segurança do Estado, não se observou inteiramente, no Brasil, durante a chamada grande guerra, o preceito constitucional proibitivo da retroatividade das leis penais em detrimento do acusado. O Dec.-lei n.º 4.766, de 1.º de outubro de 1942, conhecido pela designação de Lei de Guerra, dispôs n.º art. 67: “Esta lei retroagirá, em relação aos crimes contra a segurança externa, à data da ruptura de relações diplomáticas com a Alemanha, a Itália e o Japão”. E o art. 68 disse: “No caso de aplicação retroativa da lei, a pena de morte será substituída pela de reclusão por trinta anos”.

Tal divergência com a Carta política tornou-se possível pela suspensão de muitas das garantias constitucionais em virtude do conflito mundial. O Decreto n.º 10.358, de 31 de agosto de 1942, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional, estipulou que deixavam de vigorar determinados dispositivos da Constituição, inclusive o do art. 122, n.º 13, no que dizia respeito à irretroatividade da lei penal.

Leis penais especiais também admitiram o emprego da analogia. O art. 5.º, § 3.º, do Decreto-lei n.º 4.166, de 11 de março de 1942, que estabeleceu proibições e restrições acerca da venda e oneração de bens de súditos do eixo, disse expressamente: “Para a caracterização do crime o juiz poderá recorrer à analogia”.

Essa possibilidade da analogia e da retroatividade prejudicial, no Direito Penal de exceção, cessou, porém, com o término da guerra, a normalização da ordem jurídica e a frisante estipulação constitucional superveniente.¹³

No processo penal, segundo preceitua o Código respectivo, não está o juiz adstrito à anterioridade da lei ao fato, não encontrando embaraços, no seu sistema, a retroatividade. É também facultado o recurso à analogia, à interpretação extensiva e aos princípios gerais de direito. Preceitua o art. 2.º do Código de Processo: “A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Quer dizer: a lei rege os fatos anteriores. E o art. 3.º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Ao contrário, portanto, do que acontece no Direito Penal, o princípio da legalidade dos delitos e das penas, com as suas conseqüências primordiais, não atinge o processo penal brasileiro. É que esse princípio visa impedir a incriminação de fatos e a imposição de penas sem prévia lei, e o processo não cuida de estabelecer figuras delituosas, nem de lhes cominar penas. Trata de normas reguladoras da ação penal.

Tal foi sempre a orientação dominante, mesmo sob a inspiração da doutrina,

quando não havia, sobre o assunto, esses expressos dispositivos. A Constituição Federal de 1946, no seu art. 141, § 27, dava lugar a alguns argumentos contra o critério firmado no Código de Processo Penal, o qual, assim mesmo, sempre foi aceito.¹⁴ Perante as vigentes disposições constitucionais, nenhuma objeção se pode formular contra a retroatividade da lei processual.

Segundo a Constituição de 1988, art. 5.º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De acordo com Vicente Greco Filho, isso significa que, em princípio, a lei processual vigente à época da persecução penal — e não da conduta — é que deverá ser observada. Dessa forma, a lei processual tem vigência imediata, mesmo para os processos em andamento, desde que isso não implique desperdício de atos processuais: “A regra no direito processual é a de que a lei processual é de aplicação imediata, inclusive aos processos em andamento, mas, em virtude da própria dinâmica do processo, não prejudique os atos praticados anteriormente” (GRECO FILHO, 1999: 88). Toninho Filho acrescenta que a vigência imediata da lei processual não poderá implicar prejuízo à ampla defesa do acusado (TONINHO FILHO, 2003: 113).

Se a proibição do emprego da analogia visa impedir a incriminação de fatos e a imposição de penas sem prévia lei, pergunta-se: poder-se-á usá-la para favorecer o réu? Sobre a questão, que é a da chamada analogia *in bonam partem*, reina desacordo entre os escritores, muitos dos quais não têm dúvida em admiti-la, ao passo que outros, levando em apreço a natureza e a finalidade do Direito Penal, que reclama delimitação rígida de fronteiras entre o lícito e o ilícito, contestam o cabimento da concessão, considerando arbitrário distinguir as normas em incriminadoras e não incriminadoras e afirmando a unidade das regras jurídico-positivas dentro do sistema repressivo.¹⁵

Não há negar, porém, que o que os códigos dos tempos modernos, inclusive o nosso, terminantemente vedam, é, à falta de texto escrito adequado, a criação de crimes e a instituição de penas. Fora dessa proibição, tão severa quanto necessária, a analogia pode ser tolerada, com estrita parcimônia, imposta pelo espírito legalista que, em verdade, empolga o Direito Penal. A contingência é similar à da retroatividade da *lex mitior*. Há situações especialíssimas em que proscrever a analogia benigna redundaria em deixar o acusado à mercê de gritante iniquidade, como ainda haveremos de ver, na análise do Código.¹⁶

Por vezes, a lei penal, ao conceituar a infração, reporta-se a textos extra-penais, em vigor ou porvindouros, de cujo conteúdo ficam a depender os contornos e a própria existência da figura delituosa. Aí temos a chamada lei penal em branco,¹⁷ modalidade que, pela sua progressiva adoção, assume uma importância que de certo modo cerceia o império do princípio *nullum crimen*. Sim, porque surge tão difusa e imprecisa, em alguns casos, a complementação da norma penal, e obriga a tão

intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime, que aquele dogma fundamental decai do seu valor como garantia contra imputações especiosas ou arbitrárias.

Mencionando apenas alguns exemplos, são preceitos penais em branco o art. 184 do Código Penal (violar direito de autor de obra literária, científica ou artística — matéria disciplinada pelas leis civis e convenções internacionais); o art. 269 do Código Penal (deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória — as doenças desse gênero são especificadas em regulamentos e atos administrativos); e, dentro da legislação penal especial, o crime previsto no art. 2.º, n.º VI, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (infração a tabela de preços).

Na prática, essa figura por último indicada suscitou vivo debate acerca da persistência ou não do caráter criminoso do fato, quando, entre a ocorrência e a decisão final, se modificam as condições do tabelamento, que vem a ser dispensado em casos idênticos ao que motivou o processo, ou enquadra em limites consentidos o preço antes vedado. Nos tribunais de São Paulo, duas correntes se formaram na discussão da tese, uma admitindo, e a outra não, a retroatividade benéfica da determinação extra-penal complementar.¹⁸

A questão torna-se árdua, em face da boa qualidade dos argumentos advindos de ambos os lados. A solução mais favorável é a preferível, não pela simples circunstância de ser a mais branda, o que, na dúvida, constitui sempre uma razão a atender em assunto de repressão criminal. A nosso ver, a disposição extra-penal de que se entretece a norma penal em branco — corpo à procura de alma, como se exprimia BINDING — impregna-se do cunho penal, como parte que passa a constituir da figura delituosa. E por isso a retroatividade benéfica se impõe.¹⁹

É verdade que, no tocante ao tabelamento de preços, sendo estes por sua natureza mutáveis, a superveniente alteração pode não resultar do reconhecimento de desacerto anterior, o que faria crer na injustiça, por excesso de benevolência, da retroação benigna. Mas, em outras hipóteses, — e todas elas têm de enfeixar-se num sistema harmônico — não é essa a inferência a que se chega. Suponha-se, no crime de violação de direitos autorais, o poder público a proclamar, por lei civil posterior à incriminação de determinado fato, não merecer a tutela da legislação privada um suposto direito, como tal inscrito antes pelo legislador. Seria chocante negar-se a isenção penal. Figure-se ainda, após instaurar-se processo contra um médico, por omissão de denúncia de doença tida como contagiosa, a contra-marcha dos responsáveis pela saúde pública, dando como certo que o mal, antes temido, não é suscetível de contágio. Haveria de continuar-se a punir o acusado?

Concluindo a súmula dos limites e restrições oponíveis ao princípio da anterioridade da lei, antecipamos aqui o que pormenorizaremos no Cap. XVII (n.º 187): em matéria de medidas de segurança, que o legislador desejou tornar inconfundíveis com as penas, dispôs o Código Penal, expressamente, que a lei aplicável não necessita preexistir ao fato, geralmente criminoso, denunciador de periculosidade (art. 75).

No Código Penal de 1984, não há qualquer dispositivo semelhante ao art. 75 do Código de 1940; submetendo-se à regra geral de vigência da lei penal no tempo, estas serão sempre estipuladas segundo a lei vigente no momento da conduta, e não da sentença ou de sua execução.

53 — Como já se disse no Cap. III, o ponto de vista adverso à interpretação das leis repressivas era compreensível no combate aos abusos dos órgãos da Justiça, antes do período clássico do Direito Penal.

Mas a interpretação é necessária. Não se pode desconhecer a utilidade de uma tarefa mental que vise proporcionar o exato entendimento da lei. Nem sempre esta se apresenta inteiramente clara, e, mesmo quando se mostre simples nos seus termos, podem surgir dúvidas quanto ao seu alcance. O que ela abrange imediatamente, às vezes, não é tudo quanto pode incidir na sua esfera de ação.²⁰

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* implicitamente regula a matéria. Impõe ao intérprete o dever de não estender de tal forma o âmbito do texto, que infrinja a regra da anterioridade da lei ao fato.

A interpretação pode ser encarada relativamente ao sujeito que a emite, aos meios de que se serve o intérprete e aos resultados.

Quanto ao sujeito, é autêntica, doutrinal ou judicial.

Interpretação autêntica é aquela de que se incumba o próprio legislador. O autor da lei interpreta-a por intermédio de outra lei — que se chama, então, interpretativa. A lei interpretativa é essencialmente retroativa, desde que se limite a aclarar o pensamento efetivamente contido na lei interpretada. Então, abarca o passado, a partir da vigência da lei a que se liga. Se, em algum ponto, inovar as disposições preexistentes, não será, puramente, lei interpretativa, e é óbvio que não poderá retroagir se for mais gravosa.

Surge a questão de saber se se deve considerar como interpretação autêntica a consubstanciada na exposição de motivos que costuma aparecer concomitantemente às grandes e importantes leis. A exposição de motivos deve dar — espera-se que dê — um entendimento exato da lei. Através das suas considerações, que justificam a preferência pelos novos institutos e o teor dos novos preceitos, o legislador, expondo as razões pelas quais acolheu aquelas regras, ministra elementos valiosos para se conhecer o sentido de pontos obscuros dos dispositivos legais. Entretanto, não se pode por isso dizer que a exposição de motivos constitua interpretação autêntica — cuja forma peculiar é uma nova lei. Na elaboração de leis de grande vulto, como é o nosso Código Penal, se conjugam esforços de diversas pessoas, e pode dar-se que ao se redigir a exposição de motivos não se desvende exatamente o pensamento legislativo. É possível notar-se antinomia entre ela e o texto penal. Deverá este prevalecer, quando seguramente não endosse os alvitreos propostos por aquela.

Note-se que o que interessa perquirir é o pensamento contido na lei, e não o pensamento “do legislador”, figura que pode ser integrada por múltiplas pessoas, de convicções divergentes. Se uma só dentre elas, ou apenas algumas delas, redige ou redigem a exposição de motivos, involuntariamente podem imiscuir-se na

explicação idéias diferentes das que prevaleceram na contextura do preceito legislativo.

Chama-se interpretação doutrinal a exercida pelos doutrinadores, pelos escritores, pelos comentadores dos dispositivos legais. Os tratados de Direito Penal, em que se fazem anotações e críticas às leis, procuram descobrir-lhes o verdadeiro significado.

A interpretação judicial é executada pelos órgãos judicantes, os juízes e os tribunais, através de suas decisões, sentenças e acórdãos. A sua cristalização forma a jurisprudência.

Quanto ao meio, distinguem-se a interpretação gramatical e a interpretação lógica.

Gramatical é a que deflui naturalmente das palavras da lei, na sua acepção literal. É uma interpretação que focaliza o texto na visível conexão dos seus vocábulos, desprezando quaisquer outros elementos.

A interpretação lógica é muito mais profunda. Penetra agora o hermeneuta no texto da lei por todas as vias que possam iluminar-lhe as obscuridades ou indecisões.

Assim, serve-se do elemento sistemático. A interpretação lógica é sistemática, quando o intérprete cuida identificar o pensamento da lei no sistema a que pertence o dispositivo examinado. O Direito positivo constitui realmente um sistema, embora não tão perfeito como outros sistemas científicos. Aquilo que, num relance, parece representar a idéia contida no preceito, verifica-se, mais detidamente, não a representar; para averiguá-lo, o hermeneuta estuda a influência de outros dispositivos sobre aquele que está sendo interpretado, a colocação da matéria relativamente aos dispositivos limítrofes, os títulos ou rubricas a que o texto se acha sujeito, também as razões expendidas pelo legislador, etc., tudo o que lhe permita alcançar a *mens legis*.

Dentro de certa medida, em alguns casos, não se pode dispensar, na interpretação sistemática, o exame do Direito comparado, porquanto é cada vez mais sensível a recíproca influência das legislações dos povos cultos.

Bem se vê que a interpretação sistemática pode elucidar o significado da lei prescindindo do seu sentido literal. E esse é um traço característico da interpretação lógica em geral. Por ela se dispensa o sentido imediato das palavras, que pode ser enganador, optando-se por análise mais minudente. Mas um trabalho interpretativo bem feito deve coordenar, tanto quanto possível, os dois processos — o gramatical e o lógico.

Ao lado do elemento sistemático, serve-se o hermeneuta, na interpretação lógica, do elemento histórico. Clareia, às vezes, o pensamento da lei, a pesquisa do seu processo evolutivo. Disse um escritor, a propósito do Direito privado, que a História era o anzol de ouro com que pescava nas profundezas do Direito Civil. E outro ponderou que era mister conhecer as leis pela História e a História pelas leis. Sabendo-se como adveio o texto, pode ter-se idéia nítida da *ratio legis*, da sua razão determinante. Dúvidas, por exemplo, surgem acerca do instituto da condenação condicional: se o intérprete encontra dificuldade em face do texto da lei, o conhecimento das origens do instituto da condenação condicional poderá concorrer para afastá-las. Se souber que a condenação condicional ou *sursis* proveio da

campanha contra as penas curtas de prisão, tendo em mira evitar a perversão de delinquentes primários no contacto com criminosos mais experimentados, poderá melhor compreender e interpretar o texto que tem diante de si.

A interpretação lógica é também chamada teleológica, porque visa precisar a genuína finalidade da lei, a vontade nela manifestada.

Quanto aos resultados, a interpretação da lei que pune não deve ser extensiva. É uma decorrência do princípio contido no art. 1.º do nosso Código. Não se pode dar ao texto penal interpretação que lhe confira maior amplitude do que a que resulta naturalmente da sua força compreensiva.

Deverá a exegese ser, então, restritiva? Não devendo ser extensiva, — objetam alguns escritores — não terá de necessariamente ser restritiva, porque pode ser declarativa, simplesmente. Declarativa, ou estrita — frisam — é que deve ser a interpretação. Ao intérprete cumpre atribuir ao texto toda a força que dele resulta, sem excesso nem falha.

É o que sustenta a Escola Técnico-Jurídica, através da já mencionada assertiva de que, na elaboração hermenêutica, não deve prevalecer a regra *in dubio pro societate*, nem a regra oposta: *in dubio pro reo*. Cabe ao exegeta fixar no texto legal o seu verdadeiro sentido, que satisfaça o seu real objetivo e promane da sua exata força — quer prejudique, quer favoreça o réu.

Quaisquer que sejam as palavras que se escolham — extensiva, restritiva, declarativa (ou estrita) — o que é certo é que não pode o intérprete, a pretexto de penetrar no significado da norma penal, dilatar-lhe o âmbito, a ponto de infringir o princípio da legalidade dos delitos e das penas, criando por analogia, para regular e punir determinado fato, um preceito que não o alcançava. Mesmo os que falam na possibilidade de interpretação extensiva não se animarão a justificar uma tal conduta perante a nossa lei.

A interpretação, em matéria penal, em se tratando de incriminar, deve, pois, ser declarativa, ou estrita. Mas também se pode dizer que o intérprete necessita revestir-se de preocupação restritivista, porque só havendo sincero cuidado de restringir se evitará ampliar injustamente a compreensividade do texto punitivo. As disposições favorecedoras consentem mais flexibilidade na exegese.

Sucede em alguns casos valerem-se os textos legais de fórmulas exemplificativas seguidas de indicações genéricas, que obrigam o intérprete a admitir situações não expressamente previstas. Exemplificando: na agravante do art. 44, n.º II, *d*, do Código Penal, pesará contra o réu o emprego que haja feito de “outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido” (semelhante aos apontados no texto); na configuração do crime continuado (art. 52, § 2.º), devem-se levar em conta circunstâncias “outras semelhantes” às designadas; na figura do estelionato (art. 171) o crime se tipificará quando utilizado artifício, ardis “ou qualquer outro meio fraudulento”.

A agravante de ter sido cometido o crime por meio de “outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido” é prevista, no Código de 1984, no artigo 61, II, *c*; já a

disciplina do crime continuado, em que ainda são previstas “outras semelhantes” condições, é dada pelo artigo 71 do atual Código.

Estará o legislador impondo nesses casos o uso da analogia? Consoante corretamente aduz ANIBAL BRUNO, “aí não temos analogia em sentido próprio, como processo de integração de lacuna do sistema por ausência de norma, mas interpretação por analogia, que é o meio indicado para integrar o preceito dentro da norma, estendendo-o, como ele mesmo sugere, a situações análogas”. É, a nosso ver, uma hipótese de uso excepcional da analogia para a interpretação do dispositivo e torná-lo mais flexível. E, se a própria lei o determina, não se pode falar aí em analogia proibida pelo princípio de legalidade.²¹

54 — O Código Penal disciplina a aplicação da lei penal no espaço de modo relativamente extenso: do seu art. 4.º ao art. 7.º. E é de se notar que os textos consagrados pela nossa legislação ao assunto não são apenas esses: à matéria liga-se a da extradição, regulada pelo Decreto-lei n.º 941, de 18 de outubro de 1969 (arts. 87/103), que se seguiu ao Decreto-lei n.º 394, de 1938, o qual substituiu a Lei n.º 2.416, de 1911.

No Código de 1984, os arts. 5.º ao 9.º tratam da lei penal no espaço, considerados aí os temas da territorialidade, lugar do crime, pena cumprida no estrangeiro e eficácia de sentença estrangeira. No que toca à extradição, a matéria vem hoje tratada pela Lei n.º 6.815/80 — a chamada “Lei do Estrangeiro” — que, em seu art. 141, revogou expressamente o Decreto-lei n.º 941/69. Atualmente, tramita no Congresso Nacional um projeto de reforma da Lei do Estrangeiro.

Os preceitos de que nos vamos ocupar concernem ao chamado Direito Penal Internacional,²² denominação muito discutida. Emprega-se para aludir ao complexo de regras jurídicas destinadas a disciplinar, em face da diversidade de jurisdições, a competência dos Estados e a sua mútua cooperação no combate à criminalidade.

MANZINI adverte que não se pode falar em um Direito Penal Internacional por não existir um sistema de delitos e penas traçado por leis internacionais. A sua crítica é um consectário da orientação técnico-jurídica, pela qual o Direito Penal se circunscreve ao estudo do Direito objetivo.

A denominação corresponde, entretanto, a sensível aspecto da realidade. Mesmo por não haver uma genuína sociedade internacional, subordinada a preceitos gerais de legislação, os Estados vêem-se na contingência de limitar, através do Direito interno, a ação da sua Justiça repressiva, regulando, no seu interesse e atendendo aos ditames da solidariedade internacional, a punição de crimes que, incidindo na sua esfera de influência, possam igualmente afetar outros Estados.

Assinalando ao Direito Penal Internacional a missão de determinar a competência penal do Estado perante as jurisdições estrangeiras; a aplicação das suas leis criminais, de fundo e de forma, com relação aos lugares e às pessoas; e a autoridade, dentro do seu território, das sentenças criminais emanadas de outros países, DONNEDIEU DE VABRES, que se dedicou largamente a essa matéria, frisa que ela, como ramo que é do Direito público *interno* — pois cada Estado fixa, do seu ângulo, soberanamente, para uso dos seus tribunais, as suas regras de competência judiciária e legislativa — não se ajusta ao conceito do professor VESPASIANO PELLA expresso na notável obra *La criminalité collective des Etats et le Droit Pénal de l'avenir*, que imagina os Estados submetendo-se a obrigações recíprocas definidas por textos penais comuns, sancionadas no eventual comparecimento dessas altas pessoas morais ante uma jurisdição criminal internacional.²³ A potência transgressora, por fortalecida e arrogante que estivesse graças à força das armas, ficaria sujeita a verdadeiras penas, desde que perturbasse a paz, pelo desrespeito aos deveres contraídos no concerto das nações. Essa concepção, generosa e utópica, não desmerece, num plano mais restrito e realista, a imprescindibilidade de normas reguladoras da competência dos vários Estados. E o professor parisiense, com toda razão, não acredita possa o pretense Direito Penal interestatal, do jurista rumeno, acarretar, como este supôs, o desaparecimento do atual Direito Penal Internacional.

Quatro princípios regem as teorias existentes a respeito da eficácia da lei penal no espaço: o da territorialidade da lei penal, o da personalidade ou da nacionalidade, o real ou de proteção e o chamado da competência universal, ou da Justiça cosmopolita, ou do Direito Penal mundial.

Pelo princípio da territorialidade, a lei penal aplica-se no país, só em face de fatos ocorridos dentro do seu território. Se o crime ocorre fora das fronteiras do Estado, deixa de ser alcançado pela sua lei penal.

Pelo princípio da nacionalidade ou personalidade, o critério dominante é o da nacionalidade do agente do delito. Pune-se, de acordo com a lei do Estado, determinado fato, quando tenha sido praticado por cidadão daquele Estado, quer o haja cometido dentro do território nacional, quer no exterior. Isto é, a lei penal segue o nacional onde quer que se encontre, e só a ele. Portanto, se tiver sido praticado por cidadão de outro Estado, o fato não será punível, de acordo com esse princípio, tomado na sua exclusividade.

O princípio em apreço tem sido desdobrado em — ativo e passivo: ativo, quando se aplica a lei pessoal do acusado, independentemente do bem jurídico a que se referiu o seu crime; e passivo, quando a invocação da lei pessoal do acusado depende de que o bem jurídico pertença a um co-nacional.

Pelo princípio chamado real ou de proteção, o que se tem em vista é a nacionalidade do bem ou interesse jurídico lesado pelo crime. A lei do Estado alcança determinado fato, onde quer que se tenha verificado e sem atender à nacionalidade do agente, contanto que o bem ou interesse jurídico atingido pelo crime pertença ao Estado que exerce a repressão ou a algum dos seus nacionais.

Pelo derradeiro dos princípios mencionados, a repressão ao crime deve efetuar-se onde quer que se encontre o criminoso, pouco importando o lugar onde delinqüiu, a sua nacionalidade, ou o bem jurídico atingido. Representa isso um ideal no Direito

Penal — o ideal da extraterritorialidade absoluta da lei penal. Seria o Direito Penal aplicado harmonicamente por todos os povos. Mas tal concepção é irrealizável, infelizmente. Como punir determinado indivíduo que tenha praticado um crime em outro país, ante a dificuldade de colher provas, porque estas se acham quase sempre no local da infração? Ademais, os costumes não são coincidentes entre os povos. Há fatos que constituem crime em um país e em outros são perfeitamente legais. A poligamia, por exemplo, é lícita em certas regiões do universo. Variam as figuras dos delitos. Não passa de utopia um sistema fundado no perfeito entendimento entre as nações.

Pode considerar-se, entretanto, uma decorrência prática, ou aplicação parcial, desse princípio, o julgamento dos crimes de guerra por tribunais internacionais, em que se solidarizam diversos Estados ao castigar os autores de atentados contra o Direito das gentes.

Nas últimas décadas, o Direito Penal Internacional desenvolveu-se de modo surpreendente. É possível identificar dois grandes eixos nessa ampliação do conjunto de medidas destinada a lidar com problemas internacionais.

O primeiro deles está relacionado à proteção dos direitos humanos, por intermédio da intervenção penal. A criação dos tribunais internacionais *ad hoc* pelo Conselho de Segurança na Organização das Nações Unidas, na década de 1990, e o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente, são os melhores exemplos (ver, nesse sentido, texto sobre a relação entre o direito penal e o direito internacional público, no Capítulo I). Nesse eixo, inclui-se também o fortalecimento de mecanismos como a “jurisdição universal”, denominada “competência universal” por Basileu Garcia. A repercussão do “Caso Pinochet” desempenhou papel central nesse processo. Como esse mecanismo de aplicação extraterritorial da lei penal depende, sobretudo, das legislações nacionais dos Estados, a amplitude do mecanismo varia imensamente conforme o país. A Bélgica foi, por alguns anos, um exemplo de ativismo nessa área. Mas as complicações políticas e diplomáticas geradas por investigações dessa natureza fizeram com que a Bélgica alterasse sua legislação, no intuito de limitar as possibilidades de aplicação do princípio da jurisdição universal. Sobre o princípio da jurisdição universal, o “Caso Pinochet” e as alterações da legislação belga, ver MACHADO, 2004: 83-96, além da bibliografia indicada no final deste capítulo.

O segundo eixo é determinado pela intensificação do movimento transfronteira de pessoas, bens e capital, fenômeno que vem causando importantes transformações em todo o direito. Especificamente na área penal, novas estratégias têm sido formuladas para lidar com práticas consideradas ilícitas que

envolvam mais de um país. Temas como corrupção; fraudes financeiras; tráfico de drogas, armas, seres humanos; a atividade das organizações criminosas e a lavagem de dinheiro têm sido objeto de debate em fóruns internacionais, convenções formuladas no âmbito da ONU e estratégias formuladas por organismos internacionais, como a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI). (MACHADO, 2004, 2006b e 2007) Nesse contexto, tem se atribuído à cooperação internacional papel central na persecução criminal. O Brasil encontra-se atualmente em pleno processo de reformulação dos mecanismos e instrumentos de cooperação em matéria penal que, até então, estavam restritos à carta rogatória, à extradição e à homologação de sentença estrangeira. Para uma análise dessas mudanças no plano internacional e no Brasil, ver Machado (2005, 2006, 2006a e 2007).

55 — Nenhum dos códigos modernos se tem restringido, de maneira unilateral, a qualquer desses princípios. As soluções endossadas resultam da conjugação de alguns deles, ou todos. Assim também agiu o nosso Código Penal.²⁴

O art. 4.º diz o seguinte: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras do Direito Internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado”. O dispositivo é longo. Percebe-se, desde logo, que a oração principal centraliza o seguinte pensamento: a lei brasileira aplica-se ao crime cometido no território nacional. Esses vocábulos enunciam o princípio da territorialidade da lei penal.²⁵ Mas o legislador vai além, e deixa ver que o sistema adotado não é o da exclusiva territorialidade.

O art. 4.º do Código Penal de 1940 foi desmembrado em dois artigos diferentes, na Parte Geral de 1984, visando regulamentar a matéria de forma mais minuciosa.

O art. 5.º afirma a regra — que conhece exceções — da territorialidade no Direito Penal brasileiro, ao estatuir que se aplica a lei brasileira, “sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”. Esclarece o § 1.º do mesmo artigo que, para fins penais, “consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar”. De acordo com o § 2.º do mesmo art. 5.º, aplicar-se-á ainda a lei brasileira se se tratar de crime praticado a bordo de aeronaves ou embarcações

estrangeiras de propriedade privada, enquanto estiverem em território nacional, estejam aquelas em solo ou espaço aéreo, e estas aportadas ou navegando em mar territorial brasileiro.

Segundo Assis Toledo, o referido dispositivo estabelece que, “como regra, são submetidos à lei brasileira os crimes cometidos dentro da área terrestre, do espaço aéreo e das águas fluviais e marítimas, sobre os quais o Estado brasileiro exerce sua soberania, pouco importando a nacionalidade do agente” (TOLEDO, 2001: 45-46). Já o seu art. 1.º afirma no Direito Penal brasileiro o princípio do pavilhão, que “atribuiu ao Estado sob cuja bandeira está registrada a embarcação ou aeronave o poder de sujeitar à sua jurisdição penal os responsáveis por crimes praticados a bordo dessa embarcação ou aeronave, ainda que em alto mar ou território estrangeiro” (TOLEDO, 2001: 46).

Que é território? Tal a primeira questão que surge, ao asseverar-se que a lei penal se aplica dentro do território. O nosso Código Penal não achou necessária a definição analítica de território, qual a consignou o Código de 1890, que dizia no art. 4.º: “A lei penal é aplicável a todos os indivíduos, sem distinção de nacionalidade, que, em território brasileiro, praticaram fatos criminosos e puníveis. Incluem-se na definição de território brasileiro: a) os portos e mares territoriais; b) os navios brasileiros em alto mar; c) os navios mercantes estrangeiros, surtos em porto brasileiro; d) os navios de guerra nacionais em porto estrangeiro”.

Foi acertada a orientação do vigente estatuto ao deixar de discriminar a noção de território, que refoge às cogitações jurídico-penais. Críticas eram formuladas ao Código de 90, pelo fato de, invadindo seara alheia, haver tentado essa especificação, difícil de fazer completa.

Na *Exposição de motivos* do Código há, a propósito, uma frase de certo escritor argentino, ponderando que os códigos penais não se devem envolver em assuntos pertencentes ao Direito Internacional Público, porque, se traçarem regras em desacordo com esse Direito, não poderão ser aceitas, e, se forem consentâneas com ele, serão redundantes e ociosas.

A despeito de manter a opção de não definir o que seja território, o Código Penal de 1984 estabeleceu, no já mencionado § 2.º do art. 5.º, determinados locais que, para fins penais, são considerados território nacional por equiparação: são as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, além das privadas que se encontrem em espaço aéreo ou marítimo nacional.

Em primeiro lugar, no conceito de território, figura o espaço compreendido pelas fronteiras geográficas. Em relação a essa parte, o próprio Código de 90 achou

desnecessário esclarecimento expresso. Relativamente, porém, aos mares territoriais, muita discussão se travou. Qual o conceito de mar territorial? Até a que distância pode ir a soberania das nações, no domínio dos mares que banham as suas costas? Antigamente, o critério, nitidamente formulado no começo do século XVII em especial por BYNERSHOEK, era o do alcance do tiro de canhão. Originava-se da idéia de que só até onde fosse possível manifestar-se o poder das armas de um país prevaleceria a sua soberania. Mas os progressos da balística tornaram incerto esse critério, de maneira que foi preciso substituí-lo por um índice matemático, numérico: passou-se a estabelecer certa extensão, para compreender o limite territorial. Algumas leis fixaram-no em três milhas marítimas, ou seja, 5.556 metros.

Então, era esse o alcance das baterias costeiras, o qual, todavia, continuou cada vez maior, a ponto de se esvanecer o antigo fundamento da delimitação. Observa o tratadista de Direito Penal Internacional MAURICE TRAVERS que, apesar de se ter tornado arbitrária, a fixação em três milhas marítimas foi mantida, pela tradição universal, mesmo porque, a seu ver, assegura à defesa dos interesses do Estado soberano uma órbita suficiente. Em vários atos internacionais o Brasil prestigiou tal limite. Se indiscrepante não era a sua aceitação, ele comportava, pelo menos, segura formulação negativa: Estado algum poderia recusar-se a respeitar a zona de águas territoriais estabelecida por outro Estado, quando a largura não excedesse a três milhas.

A largura do mar territorial do Brasil foi sendo sucessivamente ampliada, e atualmente, desde 1970, atinge duzentas milhas.

O mar territorial brasileiro vem hoje definido pela Lei n.º 8.617/93, que em seu art. 1.º estabelece: “O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro”.

O Direito Internacional abriu, entretanto, em relação à regra da territorialidade da lei penal, exceção aos navios de guerra. Ainda sulcando mar territorial de outro país, gozam de imunidade e inviolabilidade, porquanto constituem parcela da força armada dos seus respectivos países e, por isso, representam-lhes a soberania. A cortesia internacional admite que, em mares territoriais estranhos, são como que um prolongamento do território das suas bandeiras. O mesmo se diz dos navios de passageiros que conduzem soberanos de outros Estados ou representantes diplomáticos, desde que se destinem exclusivamente a esse transporte. Quando tais pessoas viajam em navios comuns, concede-se o privilégio apenas aos aposentos que ocupem.

É nesse o sentido do § 1.º do art. 5.º do Código Penal de 1984, segundo o qual aeronaves e embarcações brasileiras

públicas ou a serviço do governo considerar-se-ão território nacional “onde quer que se encontrem”.

Relativamente aos navios mercantes, ficam sujeitos às leis do território em cujas águas se achem. Se se encontram em alto mar, naturalmente se subordinam tão-somente à soberania do Estado cuja bandeira ostentam.²⁶ De maneira que, em alto mar, quanto à soberania poucas dúvidas podem surgir. Por exemplo: se alguém comete crime em uma jangada, após naufrágio, ou nos destroços de um navio naufragado, a que lei fica adstrito? Se a jangada foi feita com os destroços do navio, segue-se a lei da nação a que pertence o navio. Aquele material de que foi construída a improvisada embarcação ainda representa o navio e, portanto, o Estado respectivo. Se a embarcação foi feita com destroços de dois navios, — suponha-se o caso de abaloamento — opina-se que o delinquente fica submetido à lei do seu próprio Estado, aplicando-se o critério da personalidade.

No concernente aos navios que se encontram em mares territoriais, ainda há outras questões. A de se saber, por exemplo, onde processar e julgar o marinheiro que, pertencendo a navio de guerra de um Estado, salte em determinado porto de outro Estado, e aí cometa um crime. Os escritores estabelecem uma distinção. Se o marinheiro desceu ao porto por motivos particulares, fica sujeito à lei local. Se desceu a serviço, continua dependendo da soberania do Estado a que pertence o navio, devendo as autoridades locais, em conformidade com o uso, entregá-lo, verificada a infração, ao comandante da belonave.

Outra questão: alguém comete crime e se abriga em o navio de guerra alienígena ancorado em um porto, acolhendo-se, portanto, à sombra da soberania de outro Estado. Será necessária a extradição, nesse caso? Tem-se entendido que não pode, em tal emergência, o pavilhão estrangeiro proteger o foragido. O costume internacional obriga o comandante a entregar o criminoso, impedindo-o de burlar as leis locais. O alvitre admite exceções, em circunstâncias especialíssimas. Assim, se o homiziado cometeu crime político, o asilo a que recorre é absoluto, não podendo o comandante da nau recambia-lo à terra.

A Convenção sobre Asilo, firmada na 6.^a Conferência Panamericana de Havana, em 1928, estipulou que é proibido aos Estados dar asilo aos indiciados ou condenados em crimes comuns, bem como aos desertores das forças militares. Reconheceu, porém, que existe e terá de ser respeitado o asilo em favor dos acusados e condenados por crimes políticos inclusive os que se refugiarem em navios de guerra, devendo o acusado de crime comum ser entregue mediante simples requisição do governo local.²⁷

A conferência realizada em Caracas em 1954, a que compareceu o Brasil e cuja convenção foi entre nós aprovada pelo Decreto legislativo n.º 13, de 11 de julho de 1957 e depois promulgada pelo Presidente da República através do Decreto n.º 55.929, de 14 de abril de 1965, deliberou que a qualificação dos motivos de concessão do asilo cabe ao Estado que o concede. Mas o crime do asilado deve ser político. Todo Estado tem o direito de conceder asilo, embora não seja obrigado a concedê-lo ou a declarar porque o nega.

A matéria é também objeto de disposições do Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil.

O Decreto-lei n.º 941/69 foi revogado pela Lei n.º 6.815/80 — o chamado “Estatuto do Estrangeiro”.

Correlatamente ao mar litorâneo, fala-se em ar territorial, ou espaço aéreo, como consequência do grande desenvolvimento das comunicações aeronáuticas. Várias teorias²⁸ foram defendidas, com estes inconciliáveis pontos de vista: a) absoluta liberdade do ar; b) sujeição total da coluna atmosférica à soberania do Estado subjacente; c) limitação de tal soberania a determinada altura, como, por exemplo, a dos mais elevados edifícios do mundo, ou a do alcance das baterias anti-aéreas.

Ressalvada a liberdade de passagem inofensiva, as convenções internacionais têm proclamado a soberania completa e exclusiva do Estado subjacente quanto ao espaço atmosférico acima do seu território.²⁹ Entretanto, não basta afirmar tal soberania para dirimir a questão prática de saber onde deve ser punido o delinquente que cometeu crime em aeronave em vôo. Uma indagação liminar preocupa: o ato delituoso feriu interesses que ao Estado subjacente cabe tutelar? Se interesses que tais não sofreram agravo, a solução natural é considerá-lo praticado no território do Estado a que pertence o avião. Na hipótese contrária, é óbvio que o Estado subjacente deve intervir. Mas o tema é fértil em dificuldades, que propostas doutrinárias tentaram remover, sem conseguir afastar os peculiares critérios do Direito positivo de cada país. Como frisa MAURICE LEMOINE, o problema das competências penais em Direito aéreo não foi solucionado pelas conferências diplomáticas. A Convenção de Paris, de 1919, e a de Chicago, de 1944, limitaram-se, em volta do assunto, a disposições fragmentárias que visaram essencialmente as infrações às regras sobre a circulação aérea.

Nos comentários que dedicou aos artigos do nosso Código sobre a matéria do Direito Penal Internacional,³⁰ OSCAR TENÓRIO recorda que a Convenção sobre a Navegação Aérea firmada em Paris em 1919, ao mesmo passo que proclamou a soberania completa e exclusiva do Estado com relação ao espaço atmosférico acima do seu território, assegurou, às aeronaves dos demais Estados contratantes, a liberdade de passagem inofensiva. Discutido vivamente o problema da soberania do ar no Instituto de Direito Internacional (sessão de Lausanne), em 1927, o relator DE VISSCHER deixou clara a faculdade que têm os Estados subjacentes de regular-lhe o uso na medida necessária à sua segurança e das pessoas e bens dos seus habitantes e ao respeito à sua legislação aduaneira.

Em princípio, como salienta o citado comentador do nosso Direito, as aeronaves em vôo estão sujeitas às leis penais do território. Mas há múltiplas circunstâncias a atender. MARCEL LE GOFF, no seu tratado de Direito Aéreo, apreciou-as, concluindo que ao Estado subjacente compete intervir se a aeronave desceu no seu território depois da infração ou, mesmo que isso não tenha acontecido, se a infração violou

regras estabelecidas pelo Estado para a navegação aérea ou o crime lesou nacional do referido Estado. Fora dessas situações, ou quando o Estado subjacente declare desinteressar-se, dever-se-á aplicar a lei do pavilhão.

Entretanto, as aeronaves militares equiparam-se aos navios de guerra, gozando do privilégio da extraterritorialidade, que será conservado enquanto não praticarem atos lesivos ao Estado subjacente e mesmo que venham a pousar, contanto que o façam com a devida permissão das autoridades locais.

O citado DE VISSCHER, como relator de uma comissão do Instituto de Direito Internacional incumbida, em 1937, de estudar o assunto, realçou as dificuldades que defronta o princípio da territorialidade, devido à incerteza da fronteira aérea e à circunstância de que, por vezes, é meramente teórico o interesse do Estado subjacente em reivindicar a sua competência, — isso a par do compreensível e freqüente propósito do Estado a que pertence a aeronave de punir os crimes nela ocorridos. E concluiu formulando uma proposta referente às aeronaves privadas em voo (só em relação a estas lhe pareceu caber controvérsia), reconhecendo a competência, sucessivamente: 1.º, do Estado em cujo espaço aéreo se encontra a aeronave no momento do crime; 2.º, do Estado da nacionalidade da aeronave; 3.º, do Estado em cujo território a infração produziu o seu efeito; 4.º, do Estado em cujo território a aeronave veio a pousar.

O alvitre, que o Instituto acolheu, encarecia a vantagem da competência prevista em quarto lugar, calcada no princípio da universalidade do direito de punir, tão energicamente defendido por DONNEDIEU DE VABRES. O crime alarma, e bem se compreende a influência salutar da repressão concretizada em providências imediatas no primeiro lugar de parada da embarcação. Até para a eficácia dos meios probatórios assim será mister. Nem por isso, entretanto, acrescentou, deve tal competência perder o caráter subsidiário, o que não quer dizer que ao Estado em cujo território desce o avião não cumpra instaurar incontinenti as investigações. Elas serão interrompidas se o outro Estado interessado reclamar.³¹

Há também fortes argumentos contra a preponderância da lei do lugar da aterragem, e bem justificam o feitiço complementar que se lhe outorga. Resume-os LEMOINE: a vítima do crime e a aeronave podem ser de todo estranhas ao Estado do ponto de descida. As investigações criminais reclamariam a prolongada retenção da aeronave, seus tripulantes e passageiros, o que nem sempre é exequível. A própria vítima, por vezes, é a maior interessada em prosseguir a viagem. Além disso, aquele mesmo Estado poderia logo mais despreocupar-se de apurar e fazer punir um fato que em realidade não lhe concerne.

Em anterior edição deste livro, ressaltamos que, pelo então vigente Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei n.º 483, de 1938),³² o nosso país exercia completa e exclusiva soberania sobre o espaço situado acima do seu território e respectivas águas territoriais. Essa regra, com ligeira mudança formal, reapareceu no Decreto-lei n.º 32, de 18 de novembro de 1966, que instituiu o novo Código Brasileiro do Ar e foi modificado pelo Decreto-lei n.º 234, de 28 de fevereiro de 1967, e pelas Leis ns. 6.295 e 6.350, respectivamente de 15 de dezembro de 1975 e 7 de julho de 1976.

O Código Brasileiro do Ar foi modificado pela Lei n.º 6.997, de 07 de junho de 1982, mas permaneceu inalterada a regra segundo a qual o Brasil exerce exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território. Em 1986, entrou em vigor o atual Código Brasileiro do Ar (Lei n.º 7.565/86), que, mantendo a tradição brasileira, reafirmou a regra de que o Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre seu espaço aéreo (art. 11). Esse diploma ganhou notoriedade em razão do recente Decreto n.º 5.144/2004, que regulamentou o seu art. 303. A partir dessa regulamentação, passou a ser permitida à Força Aérea Brasileira sujeitar aeronaves consideradas hostis, entre as quais estão compreendidas aquelas suspeitas de transporte ilícito de substâncias entorpecentes, a “medidas de destruição”, nos dizeres do decreto (art. 4.º), que ganhou o apelido de “Lei do Abate”.

São disposições da nossa legislação sobre o Direito Aeronáutico a serem realçadas a de que se consideram em território do Estado subjacente quaisquer aeronaves privadas que nele se encontrem ou o estejam sobrevoando; e que se reputam praticados no Brasil os atos que, originados de aeronave considerada território estrangeiro, produzirem ou vierem a produzir efeitos ou quaisquer danos no território nacional, sendo, porém, cumulativamente do domínio das leis brasileiras e estrangeiras os atos originados de aeronave considerada território brasileiro se as suas conseqüências atingirem território estrangeiro.

Continua a usufruir atualidade, embora elaborada perante o precedente estatuto do Ar, a síntese inferida por OSCAR TENÓRIO, nos seguintes termos: a) quaisquer atos delituosos praticados em aeronave não militar em voo no território brasileiro podem ser punidos de acordo com a lei penal brasileira; b) também pela lei brasileira são puníveis os atos praticados em aeronaves militares estrangeiras, desde que venham a produzir efeitos penais ou quaisquer danos no território nacional.

A regra de que a lei brasileira é aplicável a situações ocorridas em aeronaves dentro de nosso espaço aéreo vem inscrita no art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal em vigor. O § 2.º do mencionado artigo aplica-se também a aeronaves estrangeiras, desde que de propriedade privada — o que não vale, portanto, para veículos aéreos militares, que são de propriedade pública, via de regra. No entanto, pelo regramento do lugar do crime, trazido no art. 6.º do Código, também é aplicável a lei nacional a atos praticados a bordo de aeronave militar estrangeira, desde que a ação ou o resultado tenham ocorrido, no todo ou em parte, em território nacional.

Visto que o espaço aéreo sobre o Brasil é, juridicamente, território brasileiro, tais conclusões harmonizam-se com o art. 4.º do Código Penal, que firma a nossa jurisdição em se tratando não só de crime ocorrido no território nacional, como também de crime ocorrido em território estrangeiro (tal a hipótese da aeronave militar alienígena), desde que produza resultado no Brasil, ou se destine a produzi-lo, através de uma tentativa.³³

As conclusões permanecem válidas diante do Código em vigor, de acordo com o que dispõem os arts. 5.º e 6.º.

Note-se, contudo, que se o fato ocorrido no espaço aéreo nacional não tem relação alguma com o País ou os seus habitantes, nem perturba a sua tranquilidade, — o que acontece se a aeronave de caráter privado sobrevoa o território nacional sem pousar nele — não há razão para aplicar-se a lei local. Nesse sentido se pronunciou o Código Bustamante (art. 301 combinado com o art. 299), aludindo, por igual, aos delitos cometidos nos navios mercantes em águas territoriais.

Acerca de crimes cometidos em aviões, o Decreto-lei n.º 479, de 27 de fevereiro de 1969, aprovou a convenção sobre infrações e outros atos cometidos a bordo de aeronaves assinada em Tóquio em 1963. Não houve, sob o aspecto jurisdicional, novidades dignas de nota. O Estado de matrícula da aeronave é competente para exercer a jurisdição sobre infrações praticadas a bordo, mas não se exclui “qualquer jurisdição penal exercida de acordo com as leis nacionais”. As infrações cometidas a bordo de aeronaves matriculadas em determinado Estado contratante serão consideradas, para fins de extradição, cometidas não só no lugar onde houverem ocorrido, como também no Estado de matrícula da aeronave.

Escreve HELENO CLÁUDIO FRAGOSO que “grave defeito da Convenção de Tóquio foi não prever a obrigação de incriminar o apoderamento ilícito de aeronaves, limitando-se a estabelecer as medidas a serem adotadas pelos Estados em que a aeronave pousar. A ausência dos países a que as aeronaves em geral eram conduzidas tornava tais deliberações inúteis”.³⁴

Entretanto, como observa o mesmo penalista, é certo que a convenção realizada em Tóquio foi a primeira a tratar especificamente do apoderamento e desvio de aeronaves, embora não tenha trazido contribuição importante quanto aos problemas jurídicos suscitados. Já a Convenção de Haia, de 1970, que foi aprovada no Brasil por decreto legislativo e promulgada por decreto, vigorando entre nós com força de lei, obrigou os países contratantes a punir com severas penas as ações, que indica, próprias do crime de apoderamento ilícito de aeronaves.

Em consequência dessa convenção é que foi introduzida em nosso Direito a Lei n.º 5.786, de 27 de junho de 1972, que cominou a pena de reclusão, de 12 a 30 anos, para a ação de apoderar-se ou exercer controle, ilicitamente, de aeronave, ou tentar praticar qualquer desses atos, tendo sido fixada a competência do foro militar, qualquer que seja a motivação do crime.

Contudo, essa lei foi expressamente revogada pela vigente Lei de Segurança (de

n.º 6.620, de 17 de dezembro de 1978), art. 55, tendo o seu art. 10 cogitado com muita benignidade de tal crime ao cominar a pena de reclusão, de 1 a 8 anos, para o ato de “apoderar-se ou exercer o controle, ilicitamente, de aeronave ou embarcação”. A tentativa deixou de ser equiparada ao crime consumado: fica sujeita à redução de um a dois terços, prevista no art. 47. Continuou prevista a competência da Justiça Militar.

A Lei n.º 6.620/78 foi revogada pela Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983 — a atual Lei de Segurança Nacional. A conduta em comento é hoje regulamentada pelo art. 19 da referida lei, nos seguintes termos: “Apoderar-se ou exercer o controle de aeronave, embarcação ou veículo de transporte coletivo, com emprego de violência ou grave ameaça à tripulação ou a passageiros”. A pena para esse crime é de reclusão de dois a dez anos.

Importante Convenção acerca da matéria é também a de Montreal, de 1971, que cuidou de outras figuras de delitos, além do apoderamento ilícito de aeronave. As ações ali previstas não foram ainda objeto de lei que especificamente as indicasse, no Brasil, sendo certo, entretanto, consoante ainda pondera HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que determinados dispositivos do Código Penal são aptos a abrangê-las (pág. 155 do trabalho citado). Como a de Haia, a Convenção de Montreal foi aprovada e promulgada em nosso País.

O texto da Convenção de Montreal foi aprovado e incorporado ao ordenamento jurídico interno por força do Decreto legislativo n.º 33, de 1972.

56 — O art. 4.º do nosso Código Penal estabelece como regra a territorialidade da lei penal. Esse princípio, entretanto, tomado isoladamente, deixaria sem proteção bens e interesses jurídicos que o Estado não pode deixar de tutelar. Eis porque não se restringe o legislador a tal critério. O dispositivo deixa margem à eficácia dos tratados e às regras do Direito Internacional, com esta ressalva: “sem prejuízo de convenções, tratados e regras do Direito Internacional”. Assim, o princípio da territorialidade da lei penal pode deixar de ser levado em conta em face de tratados que o Brasil celebre com outros países, e suplantam-no certos cânones perenes do Direito das gentes.

Aliás, o tratado incorpora-se ao Direito interno, por intermédio de uma lei.

Esclarece o preceito em apreciação que a norma penal brasileira abrange os atos criminosos cometidos, ainda que apenas em parte, no território nacional. Às vezes, um crime é preparado no território de um país e vai ser ultimado em outro, mesmo sem falar no que acontece nas fronteiras, onde a facilidade de intercâmbio evidencia essa possibilidade. Falsificação de moeda, por exemplo. Os falsários podem não encontrar em nosso meio maquinismos apropriados. Vão a outro país, lá a fabricam, e põem em circulação o produto do seu crime no Brasil. O Direito nacional interessa-se pela repressão desses atos criminosos. A nossa lei penal alcança não só os crimes iniciados em outros países e com efeitos em nosso território, como também os atos criminosos que deviam produzir efeitos no Brasil. Nessa parte final do artigo, o Código tem em vista a tentativa, como informa a *Exposição de motivos*, no seu tópico n.º 10.³⁵

A Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984, no tocante à aplicação da lei penal, esclarece que pretendeu a Comissão de Reforma tratar de forma minuciosa a matéria, “de forma a suprir as omissões do Código de 1940”. Por isso, o art. 4.º do diploma anterior foi desmembrado nos atuais arts. 5.º e 6.º, que tratam da territorialidade e do lugar do crime, respectivamente.

Em tal passagem, elucida-se a diretriz adotada no art. 4.º a respeito dos chamados crimes cometidos à distância, os quais têm o começo de execução em um país e se destinam a consumir-se em outros, se bem que por vezes não se consomem; ou cujos efeitos se manifestam em diferentes Estados.³⁶

Os crimes cometidos à distância são abrangidos pela eficácia territorial da lei brasileira. E é a esse respeito que a *Exposição de motivos* declara ter sido seguida a teoria da ubiqüidade. Perfilhou-a o Código, na sua enunciação mais dilatada.

O art. 6.º do Código de 1984 manteve-se filiado à teoria da ubiqüidade ao estatuir que se considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação, bem como onde se produziu (ou se deveria produzir) o resultado.

Divergem os autores, nesse particular, e ao resumir a divergência excluiremos subtilezas e algumas propostas de todo implausíveis. Uns entendem que se deve ter como verificado o crime tão-somente naquele território em que se dão os atos causadores do evento. Outros opinam que deve prevalecer a soberania do Estado em que se manifestam os efeitos do delito. Terceiros, finalmente, relacionam essas orientações, entendendo que, quer onde se realize a atividade do delinqüente, quer onde se concretizem os efeitos do delito, existe poder do Estado, prejudicado pelo

fato, para puni-lo. É a teoria da ubiqüidade, a qual amplia a eficácia da lei penal. E há dois aspectos nessa teoria. Um, menos ilimitadamente, leva em conta o resultado sobre o qual versa a imputação. Outro, mais amplo, justifica a interferência jurisdicional do Estado mesmo que no seu território ocorra, não propriamente o resultado típico do crime, mas apenas um efeito intermédio, como, por exemplo, no homicídio de êxito retardado, a lesão corporal.

O art. 5.º também admite a exceção da extraterritorialidade, através do acolhimento dispensado ao princípio real ou de proteção. O que se protege nesse dispositivo são certos bens ou interesses jurídicos nacionais, da mais alta expressão, acaso ofendidos no estrangeiro. Por serem sumamente importantes, o nosso legislador entendeu preservá-los por meio do aludido preceito.

A regra da extraterritorialidade, fundada no princípio de proteção real, vem tratada no art. 7.º do Código Penal em vigor, nos seguintes termos: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I — os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil”. Como se vê, houve um importante acréscimo de tutela penal em relação ao Código de 1940 ao se incluir nesse rol os crimes de genocídio.

O artigo diz: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I — Os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado, ou de Município; c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal; d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço”. E o § 1.º estabelece: “Nos casos do n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro”. Aquele que pratica esses crimes enumerados pelo artigo 5.º, n.º I, no estrangeiro, mesmo que lá tenha sido absolvido ou condenado, está sujeito a nova ação penal no Brasil.³⁷

O excesso de rigor que se poderia inferir dessa disposição está neutralizado no art. 6.º, que reza: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil, pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”. De modo que aquele que cometer, no estrangeiro, um dos crimes enumerados no art. 5.º, fica sujeito a processo no Brasil, levando-se em linha de conta, porém, o castigo já sofrido. Reajusta-se a condenação à lei brasileira.

De acordo com o Código de 1984, se o agente cometer no exterior algum dos crimes previstos no art. 7.º e lá for punido,

estabelece o art. 8.º, em termos idênticos ao diploma anterior, que a pena que aqui lhe for imposta será atenuada, quando de espécie diversa, ou, se idêntica, nela computar-se-á a que se cumpriu no exterior.

Relativamente às decisões favoráveis aos réus, o que se visa evitar é que absolvições injustas possam pôr em perigo bens relevantíssimos, que o Brasil deve tutelar. Pode o delinquente ser absolvido no estrangeiro, exatamente pela falta de cuidado na repressão de um crime que só diga respeito ao nosso País. Então, deve intervir a Justiça brasileira.

Em seguida, o art. 5.º diz: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: II — os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir”. Está aí sugerido, embora para aplicações subsidiárias, o quarto princípio: o da Justiça cosmopolita ou competência universal. Há crimes em relação aos quais se observa grande dificuldade, senão mesmo impossibilidade absoluta, de repressão, dentro do isolado critério da territorialidade da lei. São exemplos os atos de pirataria, a danificação de cabos submarinos, o comércio de publicações obscenas e substâncias entorpecentes, a moeda falsa, o tráfico de mulheres e crianças para fins de lenocínio. Pela repressão desses delitos,³⁸ que podem assumir o relevo de atentados contra o Direito das gentes, interessam-se os povos civilizados, e estabelecem acordos internacionais, obrigando-se, por vezes, a reprimi-los onde quer que se encontrem os respectivos agentes. A punição atua, em cada país, através das normas jurídicas internas, com as quais se entrosam as disposições convencionais.

Essa matéria vem tratada no art. 7.º, II, e suas alíneas, do Código de 1984. É de se anotar que, além das alíneas *a* e *b*, que permanecem com redação idêntica à do Código de 1940, a Reforma de 1984 fez incluir uma terceira alínea nesse rol, a qual manda que sejam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes “praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro aí não sejam julgadas” (art. 7.º, II, *c*).

Entre os crimes de âmbito internacional, a segunda conflagração mundial colocou na ordem do dia, com alto interesse que ainda perdura, os crimes de guerra,³⁹ os quais suscitaram inúmeros e complexos problemas.

Empenharam-se as nações vencedoras não só em punir os passados atos de barbárie que macularam a civilização, como em assentar, mediante convenções e textos de lei positiva, drásticas providências tendentes a evitar que se repitam. Alvo de cautelosa previsão passou a ser o chamado crime de genocídio, que se integra por atos destinados à impiedosa e sistemática destruição de todo um agrupamento

humano. Em 1951,⁴⁰ por decreto legislativo, a que se seguiu a promulgação pelo Presidente da República, foi aprovado o texto da Convenção de Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, firmada em Paris, em dezembro de 1948, pelo Brasil e outros países, durante a 3.^a Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Obrigaram-se as partes contratantes a estatuir sanções eficazes contra o genocídio, pelo qual se entende, reza o importante documento, “qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo”. Além do genocídio propriamente dito, consumado ou tentado, por ação direta ou mediante co-autoria, a convenção estipula que se devem punir a associação de pessoas para cometê-lo e a incitação, direta e pública, para favorecer-lhe a prática.⁴¹

O texto da convenção supõe, ao lado do princípio territorial, a aplicação, em caráter subsidiário e eventual, da idéia nuclear do princípio da Justiça cosmopolita — íntima cooperação resultando em extraterritorialidade — porquanto declara que o processo caberá aos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou à corte penal internacional, cuja jurisdição tenha sido aceita pela parte contratante.

A Lei n.º 8.072/90 — Lei dos Crimes Hediondos —
considera o genocídio crime hediondo, conforme seu art. 1.º.

Soa o art. 5.º, § 2.º do Código Penal: “Nos casos do n.º II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente em território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade segundo a lei mais favorável”.

Parte Geral de 1984, art. 7.º, § 2.º

A condição da letra *b* denota-se às vezes inajustável à realidade: quando o crime não tenha por teatro país algum, como, por exemplo, se é praticado em alto mar, em circunstâncias que não permitem precisar a nacionalidade da embarcação, ou se verifica fora desta, como pode suceder na danificação de cabos submarinos.

Esse parágrafo, além de compreender o caso, referido acima, da competência

universal, regula a aplicação da lei brasileira nas hipóteses de crimes praticados por brasileiros no estrangeiro, uma vez que a letra *b* do n.º II diz: “praticados por brasileiro”. O princípio regulador, então, é o da personalidade ou nacionalidade. Um brasileiro pratica crime no estrangeiro. O Brasil tem interesse em puni-lo; mas há certas condições, para isso. É preciso, por exemplo, que ingresse em nosso território. Desde que ele o faça, a punição no estrangeiro dependeria de extradição do nacional, que no Brasil é impraticável, de acordo com o princípio constitucional, objeto também de lei ordinária.

Em boa doutrina dever-se-ia admitir a extradição do nacional. Não ocorre, realmente, uma razão superior que justifique o critério contrário, comumente aceito pelos países. Mas há certa relutância em acolhê-la nas leis. Embora fosse razoável julgar-se o delinqüente no lugar onde praticou o crime, porque aí se encontram as provas, aí é que o fato teve repercussão, e se tornou sensível a necessidade da pena, os Estados, em geral, seguem a regra da não extradição de nacionais. O Brasil, a esse respeito, mudou de orientação. A nossa lei de 1911 admitia a extradição de nacionais. Depois, as Constituições de 1934 e 1937 estabeleceram o inverso; e o Decreto-lei n.º 394, de abril de 1938, preceituou: “Em nenhum caso será concedida a extradição de brasileiros requisitada por países estrangeiros”. A extradição de nacionais continuou proibida por todas as nossas posteriores cartas políticas até a vigente e pelo Dec.-lei n.º 941, de 18 de outubro de 1969, art. 88, n.º I.

A Constituição de 1988 proíbe expressamente a extradição de nacionais, conforme art. 5.º, II; permite, contudo, a extradição de naturalizado por crime praticado anteriormente à naturalização e, na hipótese de envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, também por crime cometido posteriormente a ela. Vale mencionar que o inciso seguinte (LII) veda ainda a extradição de estrangeiro, quando o pedido for motivado por acusação de crime político ou de opinião.

Atendendo à preexistente situação jurídica, o art. 5.º, n.º II, letra *b*, do Código Penal, declara aplicar-se a lei brasileira a crimes cometidos por brasileiros no estrangeiro, e então estabelece a necessidade de certos requisitos, entre os quais o de ser o fato punível também no país em que foi praticado.

O dispositivo que declara aplicável a lei brasileira em casos de crimes cometidos por brasileiros no estrangeiro é o art. 7.º, II, *b*, do Código Penal.

Em meio às condições estabelecidas está a de se achar o crime incluído entre aqueles a que a lei brasileira autoriza a extradição. Esta é regulada, não só por

tratados e usos de Direito Internacional, como também pelas leis de cada país. O nosso Código não seguiu o modelo de outros estatutos, como o italiano, que encerram disposições sobre a extradição. Deixou esse assunto à legislação especial.

Também vige, em nosso país, acerca da extradição, o chamado Código Bustamante. Em 1928 o Brasil concorreu, em Havana, a um congresso internacional, a que aderiram as demais repúblicas americanas. Desse congresso resultou o referido Código, que foi aprovado pelo Governo brasileiro. No seu Livro III, figuram disposições acerca do Direito Penal Internacional.

Geralmente, as leis que tratam da extradição⁴² preferem estabelecer limites penais, dentro dos quais é permitida. Algumas leis dizem quais os crimes que a autorizam, mas o critério comum é substituir-se essa enumeração pela fixação da quantidade das penas. É tendência generalizada não se admitir a extradição para impor-se a pena de morte. Assim declara o Código Bustamante. O nosso Decreto-lei n.º 394, de 1938, teve equivalente disposição, acentuando que a entrega do extraditando não será efetuada sem que o Estado requerente assuma o compromisso de comutar “na de prisão a pena de morte ou corporal com que seja punida a infração” (art. 12, letra d). Já o vigente Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, foi menos amplo, ao autorizar a extradição para ser imposta pena de morte nos “casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação” (art. 98, n.º III).

Entretanto, atualmente a legislação brasileira não admite a pena de morte (Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978), ressalvada tão-só a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. Assim sendo, o aludido texto do Decreto-lei n.º 941 perdeu a sua aplicabilidade.

O Decreto-lei n.º 941 foi revogado pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80), que trata da extradição em seus arts. 76 e seguintes. O art. 91 do estatuto exige, para a entrega do extraditando, que o Estado requerente assuma o compromisso “de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte” (inc. III), ressalvados quanto a esta última os casos em que a lei brasileira a permitir. De acordo com a Constituição de 1988, art. 5.º, XLVII, *a*, só será admissível a pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos de seu art. 84, XIX. Por isso, os crimes a que se comina pena de morte vêm definidos no Código Penal Militar (Decreto-lei n.º 1.001/69), na parte em que trata dos crimes militares em tempo de guerra (art. 355 e seguintes).

O regime aplicado aos brasileiros que cometem crimes no estrangeiro é mais suave do que o reservado aos crimes de que trata o art. 5.º, n.º I. Se o brasileiro foi condenado e cumpriu pena ou foi absolvido, considera-se liquidada a questão, relativamente a ele. É preciso que não haja sido julgado no exterior, ou que, julgado, tenha fugido para o Brasil, furtando-se ao cumprimento da pena. Nessas hipóteses far-se-á o processo.

Os crimes que eram tratados no art. 5.º, I, do Código de 1940, são hoje regulados, com algumas modificações, pelo art. 7.º, I, do Código de 1984. São eles: os crimes “a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil”.

Diz o § 3.º: “A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça”.

Parte Geral de 1984, art. 7.º, § 3.º

O sentido dessa disposição não é prontamente acessível. Sem dúvida, o princípio aí acolhido é o real ou de proteção. Tem-se em vista punir crimes concernentes ao nosso país, porque o bem ou interesse jurídico é brasileiro ou pertence a cidadão brasileiro. Mas o estrangeiro, para ser atingido por lei brasileira, deve, antes de mais nada, estar no Brasil. Satisfeita essa condição, ainda são necessários os demais requisitos que se exigem para o processo de brasileiros que cometem crimes fora do nosso território. E isso fica mais compreensível, atendendo-se ao significado do inciso a, onde se diz que, além das condições anteriormente expressas, é preciso não ter sido pedida ou ter sido negada a extradição. O dispositivo tem em alvo estas duas alternativas: a extradição de estrangeiro não foi pedida ao nosso Governo ou foi negada pelo nosso Governo. A hipótese é a seguinte: um estrangeiro comete crime contra brasileiro, no exterior. Foge para o Brasil. Suponha-se que, em virtude de alguma particularidade da lei sobre a extradição, esse criminoso não possa ser extraditado, embora, em tese, a medida coubesse para o gênero de delito pelo qual é responsável, ou que não haja sido formulada, pelo Estado estrangeiro, a devida solicitação. O Brasil, então, contrai o dever de efetuar o processo. Para que este se instaure, aguarda-se requisição por parte do Ministro da Justiça, porque, tratando-se de crime praticado fora do território nacional, é razoável que aquela alta autoridade, representando a justiça do Brasil, possa resolver sobre a conveniência da ação penal.

57 — O art. 7.º é o último a cuidar da eficácia da lei penal no espaço. Cogita da sentença estrangeira. A questão sobre se deve a sentença proferida pela Justiça penal de determinado país conservar a sua força executiva em outro tem sido objeto de

acalorados debates na doutrina.⁴³ O nosso Código acolheu certos efeitos restritos da decisão repressiva alienígena.

A eficácia de sentença estrangeira é regulamentada no art. 9.º do Código de 1984. Estatui o Código Penal que a sentença estrangeira poderá ser homologada no Brasil para obrigar civilmente o condenado (inc. I), ou para sujeitá-lo a medida de segurança (inc. II). Foi suprimida a alusão às penas acessórias, que havia no dispositivo análogo do Código de 1940, pois elas não mais figuram no sistema de penas em vigor.

Emana a sentença penal estrangeira de um órgão da soberania de outro Estado. Daí a resistência que se tende a opor-lhe. Mas não se lhe pode recusar influência, de maneira absoluta. Os comentários que aduzimos acerca de outras disposições deste capítulo do Código já sublinharam, mesmo, alguns aspectos de repercussão, em nosso meio, do julgado proferido fora do Brasil, como no caso do cômputo da pena (art. 6.º).

Parte Geral de 1984, art. 8.º

O art. 7.º reza: “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I) obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis; II) sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança pessoais”.

Amplia-se, assim, a possibilidade da reparação do dano causado pelo delito — uma das preocupações do Direito Penal contemporâneo, alimentada pela propaganda da Escola Positiva. Nesse ponto, como se vê, tão-só se trata de consequências civis do julgado criminal. Mas, quanto às penas acessórias e medidas de segurança pessoais (n.º II), o campo é estritamente penal. Sobre a natureza dessas providências de defesa da coletividade contra o indivíduo que o crime revelou temível, falaremos no lugar oportuno.

O art. 9.º é o dispositivo correspondente no Código Penal de 1984. Sua redação é a seguinte: “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I — obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II — sujeitá-lo a medida de segurança”. Note-se que foi eliminada do inc. II a referência às penas acessórias, que foram suprimidas do Código em vigor. No que tange à referência que fazia o art. 7.º do Código de 1940 às medidas de segurança

“pessoais”, vale anotar que não mais subsiste a subdivisão das medidas de segurança entre pessoais e patrimoniais, já que o Código de 1984 apenas conhece duas espécies de medidas de segurança, ambas pessoais: a internação e o tratamento ambulatorial.

O preceito mencionado não reúne todos os casos. Consulte-se o art. 46: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Parte Geral de 1984, art. 63

Portanto, a nossa lei admite eficácia à sentença estrangeira também para efeito de reconhecimento da reincidência, o que é uma inovação relativamente ao Código de 90. Um dos índices que mais concorrem para a avaliação da periculosidade é a reincidência. Seria desarrazoado que não imputássemos essa nota característica de perigo social ao criminoso cujo anterior crime tivesse sido praticado fora do Brasil.

Pela leitura do art. 7.º, vê-se que uma das condições para se reconhecer relevância à sentença estrangeira é que a lei brasileira produza, na espécie, as mesmas conseqüências. É preciso que haja afinidade entre as medidas estabelecidas pela lei penal estrangeira e pela brasileira.

Parte Geral de 1984, art. 9º

O órgão competente para a homologação é o Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 119, n.º I, letra g, e Código de Processo Penal, art. 787).

Na redação original da Constituição de 1988, o art. 102, I, *h*, conferia ao Supremo Tribunal Federal a competência para homologar sentenças estrangeiras; contudo, após Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004 — a chamada “Reforma do Judiciário” —, tal competência passou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme reza o art. 105, I, *i*, do texto constitucional em vigor. Os procedimentos relativos à homologação de sentença estrangeira são tratados pela Resolução n. 9 do Superior Tribunal de Justiça.

58 — Domina hoje no Direito Penal a regra da igualdade de todos perante a lei.⁴⁴ É um princípio que figura nas Cartas políticas dos países cultos. Tal regra sobrevive como uma das manifestações do individualismo surgido com a Revolução Francesa. O dogma da igualdade de todos perante a lei não impede, entretanto, que se excluam dos efeitos das leis penais de determinado país certas pessoas. Essa matéria está relacionada à da eficácia da lei penal no território. A lei penal é, em regra, territorial. O princípio da territorialidade vigora de maneira primordial, enquanto os outros princípios são acessórios. Mas a territorialidade comporta exceções — e as comporta principalmente no tocante ao assunto da aplicação da lei penal quanto às pessoas. Certas pessoas são afastadas da eficácia territorial da lei penal pelo imperativo de seculares usos internacionais. São os representantes de nações estrangeiras,⁴⁵ os chefes de Estado, de passagem por outro país, em visita, por exemplo; são os Ministros Plenipotenciários, Embaixadores, Núncios.

Quando algum dos dignatários favorecidos pelo privilégio venha a praticar, dentro das fronteiras do Estado, um ato punível pela lei do País, considera-se, todavia, isento das sanções locais, e o processo só poderá ser feito no país a que pertence, de acordo com a respectiva legislação. As imunidades estendem-se aos membros da família do representante estrangeiro, que vivam em sua companhia, e a todo o pessoal efetivamente oficial da respectiva missão. Os cônsules não gozam de tais imunidades.

Aí se encontra, portanto, um aspecto particular, que cumpre referir, relativamente à questão da igualdade de todos perante a lei. Outro aspecto a salientar é o seguinte: os soberanos das monarquias constitucionais são, pelas suas respectivas Constituições, considerados irresponsáveis diante da lei penal. Dá-se mais uma exceção ao princípio da igualdade de todos perante a lei penal, e essa exceção é estabelecida tendo-se em vista manter a harmonia entre os poderes da soberania do Estado.

Dir-se-á que nas repúblicas, quanto ao Presidente, não ocorre a imunidade e que não há razão para não se dar o mesmo em atinência aos soberanos dos países monárquicos. Entretanto, esse é o fato. Para ele contribui a circunstância de que é da natureza das funções do chefe de Estado monárquico a estabilidade, a permanência, enquanto viver, no exercício do cargo — o que não seria compatível com a responsabilidade criminal.

Os presidentes de repúblicas estão sujeitos à lei penal, mas as Constituições estabelecem regime especial para a autoridade suprema.⁴⁶ Encontra-se, em nossa Constituição, no art. 82, extenso porém genérico rol de atos do Presidente da República a serem definidos como crimes em lei especial. O texto, em linhas gerais, repete o que dispôs a Constituição de 1946, art. 89. Trata-se de “crimes de responsabilidade”, isto é, crimes funcionais, cometidos em razão do exercício do cargo.

Na Constituição de 1988, os crimes de responsabilidade do Presidente da República vêm definidos no art. 85, nos seguintes termos: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e,

especialmente, contra: I — a existência da União; II — o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III — o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV — a segurança interna do País; V — a probidade na administração; VI — a lei orçamentária; VII — o cumprimento das leis e das decisões judiciais”.

Em conformidade com o art. 83, o Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros (no sistema de 1946, o *quorum* era representado pela maioria absoluta, metade mais um da totalidade dos membros da Câmara), será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal, nos de responsabilidade. Declarada procedente a acusação, o Presidente ficará suspenso de suas funções (§ 1.º). Decorrido o prazo de sessenta dias, — eis uma inovação da Constituição, de 1967, mantida pela Emenda Constitucional vigente, — se o julgamento não estiver concluído, o processo será arquivado (§ 2.º).

Na Constituição de 1988, as regras dos processos criminais contra presidentes da República são, em resumo, as seguintes: tratando-se de crime de responsabilidade, a denúncia poderá ser oferecida por qualquer cidadão à Câmara dos Deputados (art. 14 da Lei n.º 1.079/50); para que prossiga, deverá ser recebida por dois terços da Casa e, se o for, submeter-se-á o Presidente a julgamento perante o Senado Federal (Constituição de 1988, arts. 52, I, e 86). Após a instauração do processo pelo Senado, o Presidente ficará suspenso de suas funções (art. 86, II) pelo prazo máximo de 180 dias. Após esse intervalo, voltará a exercer suas funções regulares, sem prejuízo da continuidade do processo (art. 86, § 2.º).

Quanto aos Ministros de Estado, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento destes (arts. 119, b, e 42, I).

De acordo com o art. 102, I, c, da Constituição de 1988, os Ministros de Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal; tratando-se de crimes de mesma natureza e conexos a crimes de responsabilidade do Presidente da República, os Ministros de Estado serão julgados com o Presidente, pelo Senado Federal.

A matéria dos crimes de responsabilidade do Presidente da República e seus Ministros, delineada na Constituição Federal de 46, bem como dos Governadores de unidades federativas e seus Secretários, a que acenam as Constituições estaduais, demandava disciplina adequada em lei ordinária, de cuja feitura, vagarosamente, cuidou o Congresso Nacional. Afinal, foi promulgada a Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, que definiu esses crimes e regulou o respectivo processo e julgamento.⁴⁷ Os incisos genéricos que, na Constituição, os indicavam por alto, foram desdobrados em numerosas figuras, aplicáveis não só ao Presidente da República e seus Ministros, como aos Governadores dos Estados e seus Secretários. Também se cogitou, em harmonia com o art. 100 daquela Constituição, de crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador Geral da República.

A matéria dessa lei terá que ser reajustada à Constituição de 1967 e à sua vigente Emenda, que obrigam a algumas pequenas mudanças. Aliás, o atual art. 82, parágrafo único, prometeu que os crimes de responsabilidade aludidos no *caput* “serão definidos em lei especial”, o que torna exigível a remodelação.

A Lei n.º 1.079/50 continua em vigor, tipificando os crimes de responsabilidade e definindo as regras para o seu processamento. No que diz respeito aos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a matéria é hoje regulada pela Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990. É importante anotar que a Lei n.º 10.628/2002 alterou o art. 88 do Código de Processo Penal com o objetivo de garantir a extensão do foro por prerrogativa de função também a ex-autoridades, mesmo após deixarem o cargo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em sessões plenárias em que foram julgadas as Ações Diretas de Constitucionalidade n.º 2.797/DF e n.º 2.860/DF, considerou inconstitucional referida extensão.

No mecanismo da Lei n.º 1.079, concede-se a todo cidadão a faculdade de apresentar denúncia por esses crimes. O rito processual biparte-se, devendo haver, antes do julgamento, a pronúncia do acusado. Decretada nessa fase preliminar a procedência da acusação, fica o acusado imediatamente suspenso do exercício das suas funções. Há um tribunal para a primeira fase e outro para a segunda, exceto quanto aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador Geral da República, que são não só processados como julgados pelo Senado Federal. Quanto ao Presidente da República e seus Ministros, a Câmara dos Deputados intervém até a pronúncia e o Senado funciona no julgamento, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Quanto aos Governadores e seus Secretários, estes apenas nos crimes de responsabilidade conexos com os daqueles, funciona na primeira fase a Assembléia Legislativa e na segunda um tribunal misto, presidido pelo Presidente do Tribunal de Justiça e composto de cinco deputados, eleitos pelos seus pares, e de

cinco desembargadores, mediante sorteio. Em todos os casos, a condenação circunscreve-se às penas de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por tempo a ser fixado, não maior de cinco anos. Pelo crime comum acaso também ocorrente, fica o acusado sujeito à Justiça ordinária.

O sistema para o processo e o julgamento dos Governadores e seus Secretários é instituído com a ressalva da eficácia de peculiares normas que porventura constem das Constituições estaduais.

Os crimes de responsabilidade dos Governadores e de seus respectivos Secretários são disciplinados pela Lei n.º 7.106, de 28 de junho de 1983. De acordo com a Constituição de 1988, será do Superior Tribunal de Justiça a competência para processar os Governadores dos Estados e do Distrito Federal apenas em casos de crimes comuns (art. 105, I, a); o texto constitucional nada diz dos crimes de responsabilidade cometidos pelos chefes dos Executivos estaduais, entendendo-se por isso que tal matéria continua a ser disciplinada pelas constituições estaduais. Estas normalmente atribuem privativamente às Assembléias Legislativas a competência para processar e julgar os Governadores nos crimes de responsabilidade, bem como seus Secretários, quando se tratar de crimes conexos da mesma natureza.

Relativamente ao Poder Legislativo, a Constituição de 1967, mantendo nesse ponto a tradição, dispôs no art. 34 que “os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos”.

Acrescentava a Constituição que, “desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara” (§ 1.º do art. 34); e que, “no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que, por voto secreto, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa” (§ 3.º).

De conformidade com esses textos, mesmo que o deputado⁴⁸ ou senador praticasse crime inafiançável e, por isso, fosse preso em flagrante, poderia ser libertado por decisão da respectiva Câmara. E poderiam os seus pares decidir soberanamente, também, que a ação penal não se instaurasse, apesar de se tratar de crime inafiançável.⁴⁹

As imunidades parlamentares criavam radical isenção quando aos chamados crimes contra a honra: calúnia, difamação, injúria, desde que os atos supostamente incrimináveis se houvessem verificado no desempenho do mandato, isto é, na atividade própria do cargo.⁵⁰ Quanto aos demais crimes, porém, o representante do povo poderia ser processado, após terminar o mandato, independentemente de manifestação da Câmara a que pertencera. Evidentemente, se não houvesse ocorrido

alguma causa extintiva da punibilidade, como a prescrição.

Daí distinguir-se que as imunidades ora eram de caráter material, com o cunho de inviolabilidade ou irresponsabilidade — quando se opunham à formação do crime e, em consequência, impediam perenemente o processo; ou de caráter formal (imunidade propriamente dita) — quando tão-só a ação penal deixava de instaurar-se.

Esse sistema foi modificado pela Emenda Constitucional de 1969, que preceituou: “Os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional” (art. 32). “Durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem, os deputados e senadores não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime comum ou perturbação da ordem pública” (§ 1.º).

Já a Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978, dispôs mais liberalmente, estabelecendo que “os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a Segurança Nacional”. De outras disposições da mesma Emenda se vê que, “desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara”. Se a Câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido dentro de quarenta dias, ter-se-á como concedida a licença. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação da culpa. Os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

A disciplina das imunidades parlamentares, trazida pelo art. 53 da Constituição de 1988, foi recentemente alterada pela Emenda Constitucional n.º 35, de 20 de dezembro de 2001. Mantendo a tradição constitucional brasileira, estabelece o *caput* do art. 53 que deputados e senadores são invioláveis civil ou penalmente por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Desde sua diplomação, a competência para julgá-los será do Supremo Tribunal Federal, que, após receber denúncia por crime ocorrido posteriormente à diplomação do parlamentar, cientificará o órgão legislativo a que pertencer o acusado (Câmara dos Deputados ou Senado Federal). Ciente a Casa, ela poderá, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, sustar o andamento da ação penal, pelo tempo que durar o mandato do acusado; durante esse intervalo, ficará suspenso o prazo prescricional. Caso não haja sustação do processo, prosseguirá o feito regularmente. É importante ainda registrar que, enquanto durar o mandato, parlamentares só podem ser presos em caso de flagrante delito, por crime inafiançável.

Quanto aos crimes de responsabilidade que possam ser praticados por prefeitos municipais, eles foram definidos pela Lei n.º 3.528, de 3 de janeiro de 1959, depois substituída pelo Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967.⁵¹

59 — Reclamam sucinto exame os três últimos preceitos do capítulo relativo à aplicação da lei penal.

O art. 8.º declara: “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”.

Parte Geral de 1984, art. 10

No setor da legislação adjetiva, prevalece a regra de que, na contagem dos prazos, não se conta o dia do começo e conta-se o do vencimento. É o que estabelece o art. 798, § 1.º, do Código de Processo Penal. O art. 8.º do Código Penal orientou-se em sentido inverso.

Parte Geral de 1984, art. 10

A razão está em que, destinando-se os prazos do Código de Processo a estipular a duração da atividade processual, que já é suficientemente restringida pela quantidade fixada nos prazos, não conviria reduzi-los com um entendimento capaz de privá-los de algumas horas, no seu marco inicial. Desse modo, a defesa beneficia-se — ainda que também a acusação — e a amplitude daquela é princípio constitucional. Ao passo que, no tocante aos prazos que o Código Penal objetiva, com intuito restritivista, ao fazer computar o dia do começo, o sistema rigoroso de contagem beneficia sempre ao acusado, em favor de quem se contarão, por exemplo, no cumprimento da pena, como um dia todo, algumas horas do primeiro dia.

Como entraram em vigor simultaneamente o Código Penal e o Código de Processo Penal e, assim, o intérprete necessita conciliá-los, deve-se entender que todos os prazos previstos no Código Penal, conquanto também mencionados no Código de Processo Penal, como os de decadência do direito de queixa ou representação (ver o capítulo referente à ação penal), se calculam segundo a regra deste art. 8.º. É o que ocorre, ainda, no cálculo do lapso prescricional.

Parte Geral de 1984, art. 10

Sendo o calendário comum o que se observa, não interessa à contagem dos prazos o número de dias do mês civil nem o de meses do ano civil. Um mês, por

exemplo, contar-se-á de determinado dia de certo mês à véspera do dia de igual número no mês seguinte, excluído assim o dia do vencimento.

O art. 9.º dispõe que se desprezam, na pena privativa de liberdade, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de dez cruzeiros, que passaram a representar um centavo. Mas os valores previstos no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei das Contravenções Penais foram, pelo art. 4.º da Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, reajustados na proporção de um por dois mil. Ao invés de um centavo, temos, portanto, vinte cruzeiros.

Parte Geral de 1984, art. 11

O atual Código [1940], na imposição judicial da pena, procurou evitar a antiga dosimetria dos clássicos, a qual, através de operações exageradamente minuciosas, levava, por vezes, a resultados por demais fracionados. E como, não obstante, poderia suceder que certas insignificantes frações de pena ainda reaparecessem em algum caso, preceituou sobre o modo da sua dispensa, na fixação da quantidade penal.

A Parte Geral de 1984 manteve essa mesma opção.

O art. 10 adverte: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso”.

Parte Geral de 1984, art. 12

As regras gerais do Código Penal são todas as da sua Parte Geral. Estendem-se à legislação especial, naquilo em que esta não as contrariar, com o que haverá mais harmonia e mais espírito de sistema no mecanismo repressivo. Excepcionalmente, poder-se-á encontrar na Parte Especial uma regra geral, então também extensível. Assim, o conceito de funcionário público, emitido para fins criminais pelo art. 327. cremos que não haverá outro exemplo.

A legislação especial, que já havia e cuja vigência foi ressaltada no penúltimo artigo do Código Penal, é a referente aos crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores e Interventores, e os crimes militares. A sua elaboração prosseguiu, mesmo quanto a outras matérias.

Referências

- AMBOS, Kai. Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, common law y los disparos del muro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 11-22, 2004.
- AMBOS, Kai. Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina. *Revista Penal*, Barcelona, n. 10, p. 130-160, 2002.
- ARÁN, Mercedes García. Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la corte penal internacional. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- AROCENA, Gustavo A. Acerca del principio de legalidad penal y de hackers, crackers, defraudadores informáticos y otras rarezas. *Pensamiento penal y criminológico*, Córdoba, v. 3, n. 4, p. 3-56, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. La rigurosa aplicación de la ley. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 48, n. 3, p. 849-863, 1995.
- BERGALLI, Roberto. Principio de justicia universal y modernidad jurídico-penal. In: GIORGI, R. de (Org.). *Il diritto e la differenza*. Lecce: Pensa Multimedia, 2003.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Homologação de sentença estrangeira e seus efeitos perante o STF*. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999.
- CABRAL, Antonio de Passo. Sentença estrangeira e globalização: Acesso à justiça e cooperação internacional. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 206-224, 2001.
- CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzáles. *El traslado de personas condenadas entre países*. Madrid: MacGraw-Hill, 2001.
- CERVINI, Raul. El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financiero: art. 4. de la Ley 7.492/86. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 164-178, 2004.
- COSTANZO, Mariano. El olvido de la legalidad: un análisis del principio de legalidad a través de la inflación penal y sus consecuencias. In: HENDLER, E. S. (Comp.). *Las garantías penales y procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- DI MARTINO, Alberto. Postilla sul principio di legalità nello statuto della corte criminale internazionale. In: DELMAS-MARTY, M.; FRONZA, E.; LAMBERT-ABDELGAWAD, E. (Dir.). *Les sources du droit international pénal*. Paris: Société de Législation Compare, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Legalidade e tipo em direito penal. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2006.
- DOLMESTCH, Roberto Navarro. Reconfiguración del sistema de fuentes del derecho penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: la incorporación del derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización. In: FARALDO CABANA, P. *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. Legalidad civil y legalidad penal: sobre la reserva de código en materia penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 9, n. 15, p. 15-29, 2003.

GARCÍA, Javier Guardiola. Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal. *La Ley Penal*, Madrid, v. 1, n. 10, p. 51-58, 2004.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Comisión por omisión y principio de legalidad: el artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica. *Revista de Derecho Penal e Criminología*, Madrid, n. 2, p. 279-315, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUAJARDO, Elia Patrícia Neri. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 48, p. 9-37, 2004.

LARIZZA, Silvia. Il principio di legalità della pena. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, v. 47, n. 1, p. 122-140, 2004.

LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Carcomo. Execução de decisões judiciais de cortes internacionais contra estados soberanos. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 2, n. 8, p. 121-132, 2003.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 53, p. 98-118, 2005.

MACHADO, Maíra Rocha; BRAGA, Marco. Cooperação penal internacional no Brasil. As decisões do STF em cartas rogatórias, homologações de sentenças estrangeiras e extradições. *Cadernos GV*, Relatório de Pesquisa n. 15, São Paulo, v. 4, n. 1, jan. 2007.

MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre quebra de sigilo em cartas rogatórias. In: MACHADO, Maíra Rocha; Domingos, Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos*: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006a.

MACHADO, Maíra Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006b.

MACHADO, Maíra Rocha. Regulação financeira e política criminal: o Estado brasileiro em face do sistema antilavagem de dinheiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 51, n. 190, p. 143-174, jul./dez. 2006c.

MACHADO, Maíra Rocha. O sistema antilavagem de dinheiro e a cooperação internacional no Brasil. In: AMARAL JR., Alberto do; CHENUT, Kathia Martin (Org.). *Globalização e internacionalização do direito penal* (no prelo).

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 54, p. 291-311, 2005.

MARTÍN, José Luis Galán. El caso Scilingo: breve crónica judicial. *La Ley*

Penal, Madrid, v. 3, n. 25, p. 21-31, 2006.

MARTÍNEZ, Manuel Díaz. El principio de jurisdicción universal: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005. *La Ley Penal*, Madrid, v. 3, n. 25, p. 70-76, 2006.

MOCCIA, Sérgio. Legalità e flessibilità dell'intervento penale. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 133-147, 2003.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: ROMEO CASABONA, C. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

NORBERG, Naomi. Enterprises multinationales et lois extra-territoriales: l'interaction entre le droit américain et le droit international. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Compare*, Paris, n. 4, p. 739-745, 2005.

OLIVEIRA, Mateus Soares de. Da competência do STJ no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras: inovações incorporadas pela EC/45. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, v. 8, n. 14, p. 247-252, 2005.

PALAZZO, Francesco Carlo. La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam. *Revista Penal*, Barcelona, v. 3, p. 36-41, 1999.

PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 108-163, 2004.

PEREIRA, Rui. A relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao argüido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 1, n. 1, p. 55-76, 1991.

PÉREZ, Carmen Lamarca. El principio de justiça universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, v. 2, n. 1 extra, p. 59-68, 2000.

PULITANÒ, Domenico. Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*, Milão, v. 48, n. 3, p. 951-973, 2005.

RAMÍREZ, Sergio García. Legalidad penal en el Estatuto de Roma: delito y pena. *Criminalia*, Mexico, v. 69, n. 3, p. 13-52, 2003.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.

RIBAS, Eduardo Ramón. Principio de legalidad y nuevas consecuencias penales. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, v. 11, p. 193-226, 2004.

RIEZU, Antonio Cuerda. Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal. In: OLIVARES, G.; Quintero; PRATS, F. Morales (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. Princípio da jurisdição penal universal e Tribunal Penal Internacional: exclusão ou complementaridade. *Sub Judice*, Coimbra, n. 19, p. 15-22, 2000.

RODRÍGUEZ, Caty Vidales. El principio de legalidad en el Estatuto de la

corte penal internacional. In: COLOMER, J. L. Gómez; CUSSAC, J. L. González; LLORENS, J. Cardona (Coord.). *La Corte penal internacional: un estudio interdisciplinar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SAN EPIFANIO, Leire Escajedo. Infracciones extrapenales cualificadas en el código penal español de 1995: problemas de interpretación. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, v. 5, p. 11-57, 2000.

SÁNCHEZ, Beatriz García. *Límites a la ley penal en el espacio*. Barcelona: Atelier, 2004.

SÁNCHEZ, Nelson Salazar. El principio de legalidad en un estado democrático de derecho: garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal. *Revista Peruana de Ciências Penales*, v. 14, p. 453-577, 2004.

SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José María Caballero. Protección del medio ambiente y principio de legalidad penal: el artículo 335 del código penal. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 14, p. 337-348, 2002.

SANTANA, Heron José de. O futuro do direito penal ambiental: legalidade e tipicidade na lei de crimes ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 124-146, 2004.

SESÉ, Manuel Ollé. Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal. *La Ley Penal*, Madrid, v. 3, n. 25, p. 5-20, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

OLAECHEA, José Urquiza. Principio de legalidad: nuevos desafíos. In: MIR, José Cerezo. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a necessidade de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras pelo STF e a Convenção de Nova Iorque de 1958. *Revista de Estudos Jurídicos Unesp*, v. 8, n. 12, p. 175-188, 2003.

VOGEL, Joachim. Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial. In: TIEDMANN, K. (Dir.). *Eurodelitos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.

1 O problema das fontes do Direito Penal, entrelaçado ao da analogia e ao da retroatividade da lei penal, é alvo de riquíssima literatura, de que nos limitaremos a algumas indicações: LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *L'analogie en Droit Pénal*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1949, pág. 187; e, do mesmo autor, *Le principe "nullum crimen sine lege" et la question de l'analogie*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1936, pág. 237; R. BÉRAUD, *La non-rétroactivité des lois nouvelles plus douces*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1949, pág. 7; PIETRO NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947; CARLOS COSSIO, *El principio "nulla poena sine lege" en la axiología egológica*, em *La Ley*, Buenos Aires, vol. 48, 1947, pág. 1.135; PIETRO MIRTO, *Della legge penale*, na coletânea *I codici penali nel primo decennio di attuazione*, Milão, 1942, 1.º vol., pág. 229; MARC ANCEL, *A propos de quelques discussions récentes sur la règle "nulla poena sine*

lege”, na *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, Paris, 1937, pág. 670, e *La règle “nulla poena sine lege” dans les législations modernes*, em *Annales de l’Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris*, Paris, 1936, 2.º vol., pág. 245; JEROME HALL, *El principio de legalidad — “nulla poena sine lege”*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1949, vol. 54, pág. 809; e, do mesmo autor, *Nulla poena sine lege*, in *Yale Law Journal*, New Haven, Connecticut, 1937-38, vol. 47, pág. 165; E. FLORIAN, *L’analogia come fonte di norme penali*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1936, pág. 5, e *Analogia penale dei giuristi ed analogia degli antropologi criminali*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1936, parte 1.ª, pág. 1; NICOLA BICCI, *Consuetudine e legge penale*, em *Annali di Diritto e Procedura penale*, Turim, 1936, pág. 830; CARLO SALTELLI, *L’analogia e i principii generali del diritto in materia penale*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1934, pág. 125; NINO LEVI, *Tempus commissi delicti*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1933, pág. 373; GIUSEPPE BETTIOL, *L’efficacia della consuetudine nel Diritto Penale*, Milão, 1931; GIULIO BATTAGLINI, *L’estensione della funzione punitiva nel tempo*, na coletânea *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, Roma, 1930, 1.º vol., pág. 159, e *La questione delle fonti, specialmente in rapporto al Diritto Penale*, na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1930; o mesmo trabalho (em francês) em *Recueil d’ études sur les sources du Droit*, Paris, s/d., 3.º vol., pág. 281, e no livro *Diritto Penale — teorie generali*, Bolonha, 1937, pág. 414; GIULIANO V ASSALLI, *Limiti del divieto d’analogia in materia penale — norme ordinarie e norme eccezionali*, Milão, 1942; EUSEBIO GÓMEZ,

A analogia nas legislações penais, na *Revista Forense*, Rio, 1940, vol. 82, pág. 477; G. GIACOMO PERRANDO, *Contrasti biologici e giuridici intorno al sistema dell’analogia*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1938, parte 1.ª, pág. 290; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Est-il désirable que le juge puisse retenir et punir un fait qui ne rentre pas expressément sous les termes d’une disposition légale?*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, parte 1.ª, coluna 641; ALBERTO MARTUCCI, *L’analogia nel Diritto Penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, parte 1.ª, coluna 136; JOSÉ PECO, *La analogía penal y la peligrosidad criminal*, em *Archivos de Medicina Legal*, Buenos Aires, 1936, pág. 543; GENNARO ESCOBEDO, *Analogia nel Diritto Penale sostanziale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1934, parte 1.ª, coluna 189, e *Ancora sull’analogia nel Diritto Penale sostanziale*, na *Revue Internationale de Criminalistique*, Lyon, 1935, pág. 70; ALFONSO TESAURO, *L’applicazione analogica della legge penale*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1935, pág. 445; J. J. ANOSSOV, *L’analogia nel Diritto Penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1934, parte 1.ª, coluna 171; C. F. GABBA, *Della retroattività della legge in materia penale*, Pisa, 1869, e *Teoria della retroattività delle leggi*, Turim, 1891-1899, 3.ª ed.; JEAN GRAVEN, *L’analogie en Droit Pénal suisse*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1954, pág. 653; G. RONCAGLI, *Analogia e consuetudine in generale e nel Diritto Penale*, Milão, 1949; PIETRO NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1956, pág. 237, e na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1956, pág. 231; PAULINO JOSÉ SOARES DE SOUZA NETO, *Da aplicação da lei penal*, em *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, São Paulo, 1942, 3.º vol., pág. 43; H. SOBRAL PINTO, *A retroatividade da lei penal*, em *Arquivo Judiciário*, Rio, 1941, vol. 60, pág. 62 do suplemento, e *A aplicação da lei penal com efeito retroativo*, na mesma revista, 1942, vol. 61, pág. 111 do suplemento; JOSÉ DUARTE, *Da aplicação da lei penal segundo o novo Código*, na *Revista Forense*, Rio, 1942, vol. 89, pág. 643, e *A lei penal no tempo — comentários ao art. 2.º do Código Penal*, na mesma revista, 1942, vol. 90, pág. 622; DEMOSTHENES MADUREIRA DE PINHO, *A analogia em matéria penal*, contribuição ao 1.º Congresso Latino-americano de Criminologia realizado em Buenos Aires, em 1938, 1.º vol. dos *Anais*, pág. 366 (ver, também, *Arquivos de Medicina Legal e Identificação*, Rio, 1939, pág. 158); A. J. DA COSTA E SILVA, *O princípio da legalidade e a analogia em matéria penal*, aditamento à obra *Código Penal*, São Paulo, 1938, 2.º vol., pág. 437; NOÉ AZEVEDO, *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais*, São Paulo, 1936; ALÍPIO SILVEIRA, *Analogia*, em *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 3.º vol., pág. 22; EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Conflito de leis no tempo*; no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 11.º vol., pág. 62.

Para mais indicações bibliográficas sobre o tema, consulte-se a enorme lista de trabalhos relacionados por G. VIDONI, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1939, parte 1.ª, coluna 110.

2 Para o conhecimento da legislação penal russa, com as suas inúmeras peculiaridades, consultem-se TOMASO NAPOLITANO, *La politica criminale sovietica*, Pádua, 1936, com minuciosa indicação da literatura em variados idiomas (pág. 91); JEAN GRAVEN, *Le Droit Pénal soviétique*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1948, págs. 231 e 431, e 1949, pág. 241; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA,

Derecho Penal soviético, Buenos Aires, 1947; EUGENIO CUELLO CALÓN, *El Derecho Penal de Rusia soviética*, Barcelona, 1931; *Código Penal de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia con la parte esencial de su apêndice*, em *Legislación soviética moderna*, México, 1947, pág. 261. Outros trabalhos: GIUSEPPE AVERNA, *Diritto Penale sovietico*, na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1938, pág. 201; C. PERRIS, *Le nuove tendenze del Diritto Penale sovietico in una relazione del commissario del popolo per la giustizia*, N. V. Krylenko, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, parte 2.^a, coluna 817; SEBASTIÁN SOLER, *El proyecto Krylenko de Código Penal*, na *Revista de Criminología, Psiquiatria y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1933, pág. 406; J. J. ANOSSOV, *L'analogia nel Diritto Penale sovietico*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1930, parte 1.ª, pág. 444.

Às anotações *supra*, que constaram das edições anteriores deste livro, deve-se principalmente acrescentar, do citado TOMASO NAPOLITANO *Il nuovo Codice Penale sovietico*, obra editada em Milão em 1963, na qual aprofundadamente estuda as inovações trazidas pelo Código Penal russo de 1960.

3 Ver J. BELLON e M. FRIDIEFF, *Os novos “fundamentos” do Direito Penal e do Processo Penal soviético*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1959, n.º 1, pág. 83 e, além do livro de NAPOLITANO, de 1963, citado na nota 94, a conferência de ARTURO SANTORO, *Significato politico e valore tecnico del nuovo Codice Penale sovietico*, em *La Scuola Positiva*, 1966, pág. 3.

Os códigos novos das repúblicas socialistas seguem o modelo da União Soviética. Assim é que o Código Penal da Polônia, de 1969, mantém o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, mas permite a renúncia à repressão penal nos casos concretos em que o ato não seja socialmente perigoso.

4 Alguns escritores consideram-na como um instituto intermédio entre a criação do Direito e a interpretação. Ver G. F. FALCHI, *La legge penale*, Pádua, 1942, pág. 169.

5 A propósito: EUSEBIO GÓMEZ, *La analogía en las legislaciones penales rusa y alemana*, na *Revista Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, 1939, pág. 121, e em *Justiça*, Porto Alegre, 1939, vol. 14, pág. 199; GIULIANO VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia — applicazioni e proposte d'applicazione del § 2.º del Codice Penale del Reich*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1937, pág. 907; W. MITTERMAIER, *Lo sviluppo del Diritto Penale tedesco in regime nazional-socialista*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1933, parte 2.^a, coluna 1.572.

6 PAUL COSTE-FLORET, *L'interprétation des lois pénales*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, pág. 4; E. HAMBURGER, *L'analogie dans le Droit Pénal allemand*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1937, pág. 182. MARIANO RUIZ-FUNES tem opinião diversa da esposada pelo escritor germânico: “A Justiça de Weimar foi depois a do Terceiro Reich. Domesticada desde o começo, sentiu-se tão a gosto nesse regime de escravidão, que muitas vezes foi adiante do caudilho” (*Criminologia de guerra*, pág. 368 da trad. portuguesa ed. em São Paulo, 1950).

7 Ver o artigo do professor da Universidade de Copenhague STEPHAN HURWITZ, *L'analogie dans le droit danois*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1950, pág. 1.

8 Assim também pensa NÉLSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1949, 1.º vol., pág. 94).

9 Confira-se, por exemplo, o seu art. 16. Permite que, por crime praticado na vigência da Consolidação das Leis Penais, se conceda a suspensão condicional da pena privativa de liberdade (detenção, prisão simples), imposta em limite superior a um ano e que não exceda a dois. Permite-se, apesar de que, no regime da Consolidação, o benefício não fosse cabível nas condenações a mais de um ano. Nesse caso, pois, quanto à fixação da quantidade penal, o réu sofre a influência da lei contemporânea ao fato, e, quanto ao *sursis*, vale-se da lei subsequente.

10 Entretanto, na sua clássica monografia, sustenta ROUBIER que a nenhum título se legitima a aplicação da lei intermediária, a qual não é contemporânea nem à ocorrência, nem à decisão judicial (PAUL ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, 2.º vol., Paris, 1933, pág. 570). Essa doutrina é, para nós, inaceitável. De acordo com o art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, “a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Ora, a lei intermediária, na hipótese formulada, revoga a que a antecedeu. Na realidade, permanecem em disputa apenas duas leis — a segunda e a terceira, das quais aquela, por ser a mais benigna, tem de prevalecer.

11 Preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, art. 2.º, § 1.º, que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. É, um princípio de ordem geral. À falta de textos substitutivos da lei excepcional ou temporária, não existe conflito a dirimir, a propósito do qual se tenha de invocar o mandamento constitucional

de que a lei penal retroage quando seja menos rigorosa.

12 Atente-se, por exemplo, ao art. 53 do Decreto-lei n.º 4.766, de 1.º de outubro de 1942: “A lei para o tempo de guerra, embora terminado este, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

13 Uma das suas crises mais dramáticas teve o princípio *nullum crimen* no julgamento dos criminosos de guerra pelo Tribunal de Nuremberg. O professor DONNEDIEU DE VABRES, que ali funcionou como juiz, reconheceu que as críticas formuladas a esse respeito eram “das mais impressionantes” (*Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1947, pág. 813). Os seus argumentos procuraram justificar, mas não negaram, a inobservância da fundamental regra no julgamento, sob o imperativo de contingências históricas por demais conhecidas e devido à imprecisão do Direito Internacional, como organismo costumeiro.

Variados aspectos do problema são expostos por ASÚA em *El criminalista*, 7.º vol., 1947, pág. 207. Consultem-se a indicação bibliográfica à pág. 292 e o seu *Tratado*, 2.º vol., pág. 1.032.

14 Dizia a Constituição de 1946 que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior”. Escrevemos em edição anterior deste livro que, em termos semelhantes, essa regra constava das Constituições de 1934 e 1891, sem que a *communis opinio* tivesse como impossível a aplicação da analogia e da retroatividade em matéria de processo. Sempre se entendeu que a lei processual tinha aplicação imediata e irrestrita. Leia-se VICENTE DE AZEVEDO, *Pareceres*, São Paulo, 1939, pág. 339.

15 Consulte-se, a propósito, REMO PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, Turim, 1950, 1.º vol., pág. 98, que apresenta extenso rol de penalistas, de ambos os campos. Ainda: GIACOMO DELITALA, *Analogia in bonam partem*, na coletânea *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Nápoles, 1938, pág. 511. O nosso COSTA E SILVA escreveu: “A analogia só é tolerável, em matéria penal, quando favorável ao delinquent (in bonam partem)” — *Código Penal*, 1.º vol., São Paulo, 1943, pág. 22. Veja-se, sobre o assunto, NARCÉLIO DE QUEIROZ *Analogia “in bonam partem” e a Lei de Introdução ao Código Civil*, nos *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Rio, 1944.

16 Um exemplo encontrar-se-á no cap. XIX, n.º 223.

17 Veja-se GIOVANNI LEONE, *Le norme penali in bianco nel nuovo Codice Penale*, em *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, Bolonha, 1932, 1.º vol., pág. 23.

18 Acompanhe-se a discussão forense do tema nos acórdãos estampados na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1948, vol. 175, pág. 126, e vol. 181, de 1949, pág. 634, em que são citados vários dos autores que examinam detidamente a questão. V. também o vol. 190, de 1951, pág. 146, da mesma revista, e a *Revista Forense*, Rio, vol. 143, de 1952, pág. 444, e vol. 146, de 1953, pág. 435. Tornaram-se predominantes as decisões que sustentam a irrelevância da modificação subsequente da tabela, quanto à extinção da punibilidade: consulte-se a *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 229, pág. 441; vol. 234, pág. 331; vol. 238, pág. 325; vol. 240, pág. 362; vol. 241, pág. 447; vol. 242, pág. 380; vol. 269, pág. 530; vol. 278, pág. 942.

Houve casos similares com questões ligadas aos tabelamentos de preços da década de 1980. Nossos tribunais foram freqüentemente chamados a decidir se a modificação ou mesmo revogação da tabela afetaria a punibilidade de condutas perpetradas pelo tabelamento antigo. Majoritariamente, decidiu-se que a revogação ou alteração de tabela, ou ainda a liberação de preços, posterior à infração da regra penal não afetava a punibilidade de fato típico anterior (STF, HC 58.614-7-MG).

19 DONNEDIEU DE VABRES arrola diversos acórdãos dos tribunais franceses, contrários ao ponto de vista que estamos defendendo. Mas adverte: “Essas decisões opõem-se à jurisprudência anterior, que, consoante a opinião da maioria dos autores, repudiava, quanto à retroatividade *in mitius*, toda distinção entre as leis que contêm a incriminação e as que fixam a sanção — entre as leis penais propriamente ditas e as leis civis, administrativas, econômicas, que condicionam a aplicação da pena” (*Traité de Droit Criminel et de législation pénale comparée*, Paris, 1947, pág. 906). Invoca o parecer de LISZT-SCHMIDT, MEZGER e, na França, GROUBER.

20 Indicações bibliográficas: LUIGI SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1942, pág. 491; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley penal y su interpretación*, Havana, 1949; também, *Resultado de la interpretación de las leyes penales*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1948, vol. 52, pág. 835; sobre o assunto, discorre ainda em *El criminalista*, 2.º e 5.º vols. e no *Tratado*, Buenos Aires, 1950, 2.º vol., pág. 351; SEBASTIÁN SOLER, *Interpretación de la ley penal*, no *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1937, 1.º vol., pág. 49; G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Roma, 1936; MAURICE GÉGOUT, *L'interprétation*

littérale des lois pénales, na *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1934, vol. 54, pág. 141, e em *Recueil d'études sur les sources du Droit*, Paris, 3.º vol., pág. 305; DOMENICO UGENTI, *Sulle leggi interpretative in materia penale*, na *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Milão, 1916, parte 1.ª, pág. 257; GIORGIO RONCAGLI, *L'interpretazione autentica*, Milão, 1954; MUSTAFA KAMIL YASSEN, *Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation de la loi pénale*, em *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1958, pág. 73; ALÍPIO SILVEIRA, O “*in dubio pro reo*” na justiça penal, in *Arquivo Judiciário*, Rio, vol. 115, pág. 7 do suplemento; LUIZ ALBERTO MACHADO, *Interpretação da lei penal*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1974, vol. 459, pág. 277; NILO BATISTA, *Observações sobre a norma penal e sua interpretação*, na *Revista de Direito Penal*, São Paulo, 1975, n.º 17/18, pág. 83.

21 ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, parte geral, tomo 1.º, pág. 213 da 3.ª ed., de 1967.

JEAN GRAVEN (*L'analogie em Droit pénal suisse*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1954, pág. 653) examina exemplos similares aos nossos e ressalta que a autonomia relativa do juiz não lhe confere um poder *criador*, como na analogia propriamente dita. Ele não tem o direito de estender a disposição existente a uma *outra* situação não delituosa perante a lei (págs. 672/4).

22 Trabalhos de âmbito geral: NINO LEVI, *Diritto Penale Internazionale*, Milão, 1949; ROLANDO QUADRI, *Diritto Penale Internazionale*, Pádua, 1944; NICO GUNZBURG, *Les transformations récentes du Droit Pénal Interne et International*, Paris, 1938; ALFREDO DE MARSICO, *Principii informativi del Diritto Penale Internazionale*, Bari, 1920, e na coletânea *Studi di Diritto Penale*, Nápoles, 1930, pág. 139; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du Droit Pénal International*, Paris, 1928, e *Introduction à l'étude du Droit Pénal International*, Paris, 1922; sobre a influência exercida por esse penalista no assunto, v. J. B. HERZOG, *Henri Donnedieu de Vabres et le Droit Pénal International*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1953, pág. 1. MAURICE TRAVERS, *Le Droit Pénal International et sa mise en oeuvre en temps de paix et en temps de guerre*, Paris, 1920; S. ADINOLFI, *Diritto Internazionale Penale*, Milão, 1919; G. F. FALCHI, *La legge penale*, Pádua, 1943, pág. 191; OSCAR TENÓRIO, *Os tribunais internacionais e supranacionais*, na *Revista Forense*, Rio, 1958, vol. 179, pág. 7 e *O Direito Penal Internacional*, em *Direito*, Rio, 1940, 3.º vol., pág. 66; do mesmo autor, *Conflito de leis no espaço*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 11.º vol., pág. 59. Ainda nessa obra, 17.º vol., pág. 6, LEOPOLDO BRAGA, *Direito Penal Internacional*. Consultem-se, outrossim, os estudos de JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *Direito Penal Internacional*, na *Revista da Universidade Católica de São Paulo*, São Paulo, 1970, vol. 38, pág. 37; MANUEL A. VIEIRA, *El delito en el espacio — Derecho penal internacional e Derecho internacional penal*, Montevideu, 1969; JOÃO JOSÉ LEAL, *Perspectivas e bases para uma nova disciplina jurídica — O Direito Internacional Penal*, em *Justitia*, São Paulo, 1971, pág. 143.

23 Sobre esse livro, v. a apreciação de LADISLAU THOT, *La obra de Pella sobre la criminalidad colectiva de los Estados*, em *Jurisprudencia Argentina*, 1925, vol. 18, pág. 1 da seção doutrinária.

VESPASIANO PELLA faleceu em 1952.

24 Entretanto, a Lei das Contravenções Penais cingiu-se ao princípio da territorialidade, ao advertir, no art. 2.º, que “a lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”. As razões estão na acentuada disparidade da disciplina dessas infrações através do Direito comparado e na sua reduzida gravidade no campo da ilicitude penal. A primeira dessas circunstâncias dificulta e a segunda desaconselha a política de rigor manifestada no alcance extraterritorial da norma repressiva.

25 Cons.: NICO GUNZBURG, *Territorialidade e extraterritorialidade no novo Código Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1942, vol. 89, pág. 661, e em *Cultura Política*, Rio, 1941, n.º 8, pág. 109; JOSÉ DUARTE, *Lugar do crime — art. 4.º do Código Penal*, na *Revista Forense*, Rio, vol. 91, pág. 311. Sobre o aparecimento e evolução do princípio, JEAN-ANDRÉ ROUX, *Genesi storica del principio della territorialità della legge penale*, na *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Turim, 1907, vol. 61, pág. 5. Ainda: GIULIANO ALLEGRA, *Territorialità e personalità della legge penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1949, pág. 407; G. ALFREDO PALLAZZO, *Territorialità della legge penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1927, pág. 530; ROBERTO LYRA, *Crimes de brasileiros no estrangeiro*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 14.º vol., pág. 13.

26 O art. 89 do Código de Processo Penal estatui: “Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais da República, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto mar, serão processados e julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o

crime, ou, quando se afastar do país, pela do último em que houver tocado”. Acrescenta o art. 91, em redação modificada pela Lei n.º 4.893, de 9 de dezembro de 1965, que a competência, quando incerta nas hipóteses referidas, se firmará pela prevenção.

- 27 Ver, sobre o direito de asilo, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El asilo diplomático*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1940, vol. 53, pág. 906, *História del derecho de asilo*, na mesma revista e volume, pág. 824, e *O chamado direito de asilo*, no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1949, vol. 90, pág. 49, e na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1950, vol. 185, pág. 509; CARLOS PORTOCARRERO MUTIS, *El derecho de asilo*, Bogotá, 1945; PIERRE TIMBAL DUCLAUX DE MARTIN, *Le droit d'asile*, Paris, 1939; EGIDIO REALE, *Le droit d'asile*, em *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Paris, 1938, vol. 63, pág. 473; CARLOS BOLLINI SHAW, *Derecho de asilo*, Buenos Aires, 1937; HEITOR LYRA, *O asilo diplomático — sua origem e evolução na Europa*, na *Revista de Direito*, Rio, 1937, vol. 126, pág. 10. Ainda: de NÉLSON HUNGRIA, *O asilo político*, conferência publicada no vol. 1.º, tomo 1.º, dos *Comentários ao Código Penal*, reeditados com a participação de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Rio, 1977, pág. 366; HARIBERTO DE MIRANDA JORDÃO FILHO, *O asilo político e o direito de extradição*, na *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Seção do Estado da Guanabara, 1975, n.º 3, pág. 71; LUÍS WANDERLEY TORRES, *Direito de asilo*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1960, vol. 297, pág. 15.
- 28 As teorias fundamentais e suas variantes acham-se expostas no livro de JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, *Direito Público Aéreo*, São Paulo, 1938, pág. 55.
- 29 Dados minuciosos sobre a Convenção de Paris, de 1919, a Convenção Ibero-americana, de 1926, a Convenção Panamericana, de 1928, e a Convenção de Chicago, de 1944, podem ser compulsados em MAURICE LEMOINE, *Traité de Droit Aérien*, Paris, 1947, págs. 81 e segs. 792 e segs., quanto ao Direito Penal aéreo, em especial. Consultem-se também RAFAEL GAY DE MONTELLÁ, *Principios de Derecho Aeronáutico*, Buenos Aires, 1950 (tratando do Direito Penal às págs. 691 e segs.), e ANTONIO AMBROSINI, *Instituciones de Derecho de la aviación*, Buenos Aires, 1949 (com ligeira referência ao Direito Penal às págs. 58 e 59).
- 30 Da aplicação da lei penal (1.º vol. do *Tratado de Direito Penal* editado pela Livraria Jacinto), Rio, 1942, pág. 219.
- 31 FERNAND DE VISSCHER, *Le régleme des compétences pénales en Droit Aérien*, na *Revue Générale de Droit Aérien*, Paris, 1937, 6.º vol., pág. 329.

Aliás, o progresso constante da aviação tem suscitado variados problemas de Direito Penal, que não se circunscrevem à questão jurisdicional. Veja-se, por exemplo, o extenso trabalho de TANCREDI GATTI, *Per una teoria aeronautica dell'imputabilità penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, parte 3.ª, colunas 355 e 721. Também, JOSÉ DUARTE, *Direito Aéreo — a responsabilidade penal do aviador*, em *Arquivo Judiciário*, Rio, 1937, vol. 43, pág. 63 do suplemento; J. D. F. BELFORT DE MATTOS, *A responsabilidade do piloto como “transportador”*, na *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, 1956, vol. 250, pág. 3; FREDERIC SCHAEERER, *Le Droit Pénal aérien suisse* na *Revue Pénale Suisse*, Berna, 1955, fasc. 2, pág. 166.

- 32 Em torno da anterior legislação, HUGO SIMAS, *Código Brasileiro do Ar*, Rio, 1939, pág. 40, e JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, *Sugestões para a reforma do Código do Ar*, na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1949, vol. 43, pág. 173. Sobre o Código de 1966, EURICO PRADO VALLE, *Comentários ao novo Código Brasileiro do Ar*, Rio, a 1.ª ed. em 1967 e a 2.ª em 1973; de sua autoria também é o trabalho *O novo Código Brasileiro do Ar*, na *Revista Forense*, Rio, 1968, vol. 223, pág. 12.

- 33 Estabelece o art. 90 do Código de Processo Penal: “Os crimes praticados a bordo de aeronave nacional, dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou ao alto mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e julgados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso após o crime, ou pela da comarca de onde houver partido a aeronave”. Acrescenta o art. 91, em redação modificada pela Lei n.º 4.893, de 9 de dezembro de 1965, que a competência, quando incerta nas hipóteses referidas, se firmará pela prevenção.

- 34 Consulte-se, do penalista citado, o substancioso estudo intitulado *Apoderamento ilícito de aeronaves*, no volume *Direito Penal e direitos humanos*, Rio, 1977, pág. 143; especialmente, pág. 150.

A matéria é objeto de abundante bibliografia na literatura estrangeira. No Brasil, muito vem percorrendo a respeito HAROLDO VALLADÃO, de cuja autoria e, entre outros, o trabalho *Pirataria aérea, novo delito internacional*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1968, vol. 395, pág. 9; na mesma revista, 1971, vol. 423, pág. 298, MAURO GRINBERG, *Pirataria aérea: um conceito de crime político*.

- Para a atualização da parte deste capítulo que concerne ao chamado Direito Aeronáutico, ramificação moderna do Direito Internacional Público, pedimos e gentilmente obtivemos esclarecimentos do ilustre Professor VICENTE MAROTTA RANGEL, catedrático de Direito Internacional Público na Faculdade da USP, que à sua vez teve, para as informações que nos forneceu, a assistência do Dr. OCTANNY SILVEIRA DA MOTA, especialista em Direito Aeronáutico. A ambos os nossos agradecimentos.
- 35 Diz NÉLSON HUNGRIA que a frase “devia produzir seu resultado”, querendo aludir à tentativa, deve ser entendida de um ponto de vista estrito e exclusivamente objetivo. “Lugar da tentativa, acrescenta, é aquele em que teria ocorrido a consumação, se não fosse impedida, pouco importando a intenção do agente” (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1949, 1.º vol., pág. 136). A correlação daquela frase com a hipótese da tentativa é reforçada pelo art. 70, §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Penal.
- 36 Cons. o artigo de NINO LEVI, *Locus commissi delicti*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1949, pág. 15. Esse artigo constitui um dos capítulos do livro *Diritto Penale Internazionale*, publicado após o falecimento do ilustre jurista. Também, LUIS C. CABRAL, *El ámbito de aplicación especial de la ley penal y los llamados “efectos” del delito*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1947, vol. 46, pág. 891.
- 37 Dispõe o art. 88 do Código de Processo Penal: “No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República”.
- 38 Ver o aprofundado estudo de VESPASIANO PELLA, *La répression de la piraterie*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Paris, 1926, vol. 15, pág. 149. Do mesmo autor: *La coopération des Etats dans la lutte contre le faux monnayage*, na *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1927, vol. 34, pág. 673. Ainda, de V. PELLA, J. GILLARD e NICO GUNZBURG, *La répression internationale du terrorisme — la lutte contre le terrorisme*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie et Archives Internationales de Médecine Légale*, Bruxelas, 1935, págs. 716 e 878. Outros trabalhos: H. DONNEDIEU DE VABRES, *La répression internationale des délits de Droit de gens*, em *Nouvelle Revue de Droit International Privé*, Paris, 1935, 2.º vol., pág. 7; EMANUELE CARNEVALE, *Il Diritto Criminale e la collaborazione degli Stati nel momento attuale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1936, parte 2.ª, coluna 1.448; UGO ALOISI, *Per quali delitti convenga ammettere la competenza universale*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1933, pág. 749; ainda, HENRI DONNEDIEU DE VABRES, *La création d'une juridiction internationale et le problème de sa compétence*, na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, pág. 361.
- Mas não é só no campo dos crimes cognominados contra o Direito das gentes que se vêm realizando esforços para a unificação das normas legais e dos métodos repressivos. O ideal parificador também se volta para as modalidades penais comuns, como se vê do trabalho de FRANCESCO COSENTINI, *Essai d'un Code Pénal International dressé sur la base comparative des projets et textes récents de Codes Pénaux*, em *Introduction à l'étude du Droit comparé*, Paris, 1938, 2.º vol., pág. 810. Esse ensaio constituiu a introdução do Código Penal Internacional em 1.314 artigos, pouco depois publicado por esse professor da Universidade de Turim, diretor do Instituto Americano de Direito e Legislação Comparados.
- É das mais abundantes a literatura em torno do magno problema da cooperação internacional na luta contra o crime. Eis alguns trabalhos: MEGALOS A. CALOYANNI, *La justice pénale internationale et son avenir*, em *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1946, pág. 211; E. NEYMARK, *L'importance de la coopération internationale dans le domaine du Droit Pénal*, em *Revista de Identificación y Ciencias Penales*, La Plata, 1930, pág. 120; A. POZZOLINI, *L'organizzazione giuridica internazionale della difesa sociale contro la delinquenza*, Messina, 1929; DE MAURO, *Diritto Penale dell'avenir e giustizia penale internazionale*, na *Rivista Penale*, Roma, 1929, pág. 5; FERRI, *La solidarietà degli stati nella lotta contro la delinquenza*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1926, pág. 19; M. TRAVERS, *L'entr'aide répressive internationale*, Paris, 1926; MANUEL LÓPEZ-REY ARROJO, *La política criminal de las naciones unidas*, publicação do Departamento de Imprensa Nacional, Rio, 1953; DEMOSTHENES MADUREIRA DE PINHO, *Ação internacional tendente à repressão da criminalidade comum*, em *Justitia*, São Paulo, 1952, vol. 12, pág. 18; HAROLDO VALLADÃO, *Da cooperação internacional nos processos criminais*, São Paulo, 1933. Cfr., ainda, ROBERTO PARAÍSO ROCHA, *Tratados e convenções internacionais sobre Direito Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1955, vol. 157, pág. 511, onde estão arrolados todos os acordos feitos pelo nosso país até a época.
- 39 J. DANIEL, *Le problème du châtiement des crimes de guerre d'après les enseignements de la deuxième guerre mondiale*, Paris, 1950; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Los crímenes de guerra*, em *El criminalista*, 7.º vol.,

Buenos Aires, 1947, pág. 207, e *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1950, 2.º vol., pág. 982.

- Para o estudo das questões atinentes aos crimes de guerra, encontra-se extensa bibliografia, com farta indicação de trabalhos norte-americanos, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1947, pág. 145. Veja-se, ainda, o livro do professor da Universidade de Harvard SHELDON GLUECK, traduzido para o castelhano, *Criminales de guerra — su proceso y castigo*, Buenos Aires, 1946.
- 40 Decreto legislativo n.º 2, de 11 de abril de 1951, publicado no *Diário do Congresso Nacional* de 18; Decreto n.º 30.812, de 2 de maio de 1952. O assunto é regulado entre nós pela Lei n.º 2.889, de 1.º de outubro de 1956, que “define e pune o crime de genocídio”.
- 41 Consultem-se, para o estudo da modalidade em foco, JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ, *El nuevo delito de genocidio*, em *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1947, pág. 251; RAPHAEL LEMKIN, *Le génocide*, em *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1946, pág. 183; NÉLSON HUNGRIA, *O crime de genocídio*, na *Revista Forense*, Rio, 1950, vol. 132, pág. 5; LEMOS BRITO, *Dos crimes de guerra e contra a humanidade*, no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1950, vol. 96, pág. 31 do suplemento. Em torno do tema, também: HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Genocídio*, na *Revista de Direito Penal*, São Paulo, 1973, pág. 27; CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, *Genocídio: alguns aspectos da convenção de 1948*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1966, n.º 12, pág. 99.
- 42 A propósito da extradição: ALFREDO SANDULLI, *Delitto politico ed estradizione*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1938, parte 2.ª, coluna 913; RICCARDO MONACO, *Questioni in materia di estradizione*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1936, pág. 202; SALVATORE ADINOLFI, *La estradizione ed i nuovi Codici Penali italiani*, em *La Giustizia Penale*, 1932, parte 4.ª, pág. I, e *Estradizione dei nazionali*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1927, parte 1.ª, pág. 239; ANDRÉ MERCIER, *L’extradition*, em *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*, Paris, 1930, vol. 33, pág. 171; RAMÓN F. VÁZQUEZ, *Extradición*, em *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1929, vol. 30, seção de doutrina, pág. 50; E. CUELLO CALÓN, *L’extradition des nationaux — l’extradition des criminels politiques*, Barcelona, 1929, pág. 5; A. J. DA COSTA E SILVA, *A extradição dos nacionais*, aditamento à obra *Código Penal*, São Paulo, 1939, 2.º vol., pág. 447; M. COELHO RODRIGUEZ, *A extradição no Direito brasileiro e na legislação comparada*, Rio, 1930; ANOR BUTLER MACIEL, *A extradição*, na *Revista Forense*, Rio, 1954, vol. 152, pág. 52, e *Extradição internacional*, Rio, 1957; LEOPOLDO BRAGA, *A extradição*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, sob a direção de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, vol. XXII, pág. 42.
- Veja-se, no tratado de ASÚA, 2.º vol., a extensa lista de trabalhos sobre o assunto, grande número dos quais de fins do século passado e começos deste.
- 43 EUSEBIO GÓMEZ, *Sentencias penales extranjerias*, em *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1948, pág. 271; GIULIANO ALLEGRA, *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, Milão, 1943; GIANCARLO VENTURINI, *Il riconoscimento delle sentenze penali straniere*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1940, pág. 119; PIETRO DI VICO, *Il riconoscimento delle sentenze penali straniere*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1936, pág. 773; H. DONNEDIEU DE VABRES, *La valeur internationale des jugements répressifs d’après le mouvement législatif actuel*, em *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1930, pág. 457; JOSÉ DUARTE, *Eficácia de sentença estrangeira e contagem de prazo — arts. 7.º, 8.º e 9.º do Código Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1942, vol. 92, pág. 15; JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Efeitos internacionais da sentença*, na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, janeiro-agosto de 1941, pág. 183. A *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1964, n.º 6, págs. 115 a 147, publica extensa e interessante série de trabalhos sobre o tema *Os efeitos internacionais da sentença penal*, estudado no 2.º Congresso Internacional de Magistrados reunido em Haia em 1963. Figuram trabalhos de F. DUMON, H. GRÜTZNER, OSCAR TENÓRIO, JEAN-LOUIS ROPERS e ANGELO DE MATTIA. Na mesma revista, 1964, n.º 7, pág. 109, ARMIDA BERGAMINI MIOTTO, *Efeitos da sentença penal estrangeira no Brasil*.
- 44 Em interessante artigo, o jurista austríaco H. KRASZNA sustenta, com ponderáveis argumentos, que a igualdade de todos perante as leis penais não passa de ideal, e ideal inatingível (*L’uguaglianza innanzi alla legge penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, parte 1.ª, coluna 175).
- Sobre o problema da aplicação da lei penal em relação às pessoas, consulte-se G. F. FALCHI, *La legge penale*, Pádua, 1943, pág. 223.
- 45 Acerca do tema EMILIO ONDEI, *Sulle “immunità diplomatiche” nel Diritto Penale*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1938, pág. 1.057; G. E. NASCIMENTO SILVA, *Imunidade de jurisdição penal*

das famílias de diplomatas, na *Revista Forense*, Rio, 1947, vol. 113, pág. 24.

- 46 Acerca da matéria, ainda apenas no plano constitucional, OTTO PRAZERES, *Da responsabilidade do presidente da República*, no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1947, vol. 80, pág. 35.
- 47 Sobre o tema, RAUL CHAVES, *Crimes de responsabilidade*, Salvador, Bahia, 1960.
- 48 Manifestamente, aos representantes do povo junto às Assembléias Legislativas estendiam-se as imunidades que previsse a respectiva Constituição do Estado em consonância com a Lei Magna. Ver o artigo de DANTON JOBIN, *Imunidades parlamentares*, na *Revista Forense*, Rio, 1950, vol. 131, pág. 343.
- 49 Pela Constituição anterior, o *quorum* exigível para a licença era a maioria absoluta. A Constituição de 1967 satisfaz-se com a maioria relativa, desde que presente a maioria dos membros. E proscreveu o abuso do protractamento indefinido de exame do caso, dando como concedida a autorização em determinada hipótese de inércia (ver o § 2.º do art. 34).
- 50 A propósito, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Extensão das imunidades parlamentares*, na *Revista Forense*, Rio, 1950, vol. 131, pág. 5.
- 51 Trata do tema ANTÔNIO TITO COSTA, *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*, São Paulo, 1975.

VII

O CRIME

Sumário

60 — Conceito e caracteres. 61 — Divisão bipartida ou tripartida das infrações penais. 62 — Categorias quanto ao elemento subjetivo. 63 — Quanto ao elemento objetivo, na parte atinente à conduta. 64 — Quanto ao elemento objetivo, no que se refere ao evento. 65 — Quanto ao titular do interesse jurídico e determinadas condições materiais e individuais. 66 — Quanto à natureza do procedimento penal. 67 — Sujeito ativo. 68 — Sujeito passivo, objeto material e objeto jurídico. 69 — O problema doutrinário do nexa causal. 70 — A relação de causalidade no Direito brasileiro. 71 — A abolição das concausas.

Introdução

O capítulo seguinte das *Instituições de direito penal* trata da figura jurídica do delito, ou crime. Em relação à obra original, as mais importantes mudanças havidas em torno do tema referem-se, em primeiro lugar, à incorporação mais profunda dos postulados da teoria finalista da ação, algo não difundido no Brasil na época em que Basileu Garcia trabalhou nas *Instituições*; e, ainda, ao desenvolvimento da dogmática penal funcionalista na Europa, que inseriu no tema do nexa da causalidade um instituto não tratado nas *Instituições*, mas que hoje não se pode ignorar: a imputação objetiva.

A consagração do finalismo entre os penalistas brasileiros levou o tipo penal a receber um destaque que nas *Instituições* não lhe é dado, pois Basileu Garcia não concebe, como fazem os finalistas, que dolo e culpa sejam elementos

subjetivos do tipo penal (§ 60); prefere, por isso, enfatizar o conceito de ação em vez do tipo. Em seu pensamento, permanece a rígida separação entre, de um lado, o elemento objetivo da conduta, considerado este seu aspecto externo, material, físico, e, de outro, o seu elemento subjetivo (interno, moral, ou psíquico), localizado na culpabilidade. Por isso, diversos institutos que usualmente são abordados no âmbito da teoria da tipicidade estão dispersos em outras partes das *Instituições*.

No que tange à imputação objetiva, a opção por incluí-la nesta reedição das *Instituições* vem tanto da importância que o tema adquiriu nas discussões contemporâneas sobre responsabilidade, causalidade e imputação, quanto da fidelidade à estrutura original da obra: afinal, se Basileu Garcia optou por dar um pequeno panorama do desenvolvimento histórico das teorias do nexo de causalidade até a sua época (§ 69), não seria fiel ao espírito da obra deixarmos de tratar daquilo que, em âmbito teórico, desenvolveu-se sobre o tema nas últimas décadas. Nesse sentido, serão apresentadas brevemente, ao final do § 70, as teorias de imputação objetiva dos dois maiores expoentes do funcionalismo penal contemporâneo, Claus Roxin e Günther Jakobs, em texto da autoria de Marta Rodriguez de Assis Machado. Ao final do capítulo, há também o texto de Sérgio Salomão Shecaria, tratando da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, outro assunto pertencente a este capítulo que conheceu importantes desdobramentos desde a última edição de *Instituições de direito penal*.

60 — Há conceitos formais e conceitos substanciais de crime, também chamado delito. Aqueles apreendem o fenômeno pelo ângulo da técnica jurídica. Estes procuram fixar-lhe a essência.

Formalmente, conforme enunciou LISZT, o crime é o acontecimento a que a legislação relaciona a pena, como consequência de Direito, ou, consoante disse MANZINI, é o fato individual com que se infringe um preceito jurídico, provido da sanção específica que é a pena em sentido próprio.

As definições substanciais põem em relevo, sem uniformidade, aspectos particulares da noção de crime: o seu caráter danoso ou, pelo menos, perigoso, a perturbação que acarreta às condições vitais da sociedade, o estado psíquico do agente, a maneira da execução, ativa ou omissiva; por vezes, o antagonismo da conduta com a moral, o que, aliás, não é elemento constante, dado o critério de oportunidade que dita a incorporação de certas figuras aos textos repressivos.

Um dos entraves que encontra a conceituação substancial decorre de que o fenômeno delituoso sofre inevitáveis flutuações no tempo e no espaço. A maneira de avaliar a conduta do homem, para a eventual repressão, tem variado muito. Ocorrências que antigamente eram consideradas passíveis de graves sanções penais são hoje reputadas inocentes, e, vice-versa, fatos outrora permitidos são havidos como criminosos. Um exemplo é o parricídio, que em determinados núcleos humanos da antiguidade era um dever que o costume impunha ao filho, perante o pai decrépito ou enfermo. Cabia, nesse caso, ao descendente, piedosa e honradamente, matar o progenitor. Mas o parricídio é um crime que repugna e horroriza, e encaramos esse ultrapassado costume como uma verdadeira barbaridade. A poligamia — outro exemplo — é delituosa na maior parte das nações modernas e lícita entre alguns dos povos orientais.

A título ilustrativo, lembremos que ROMAGNOSI via no delito um fato socialmente nocivo e injusto; BENTHAM, a violação do dever jurídico; IHERING, o ataque às condições fundamentais da vida social; e o positivista GARAFOLLO, através da observação dos sentimentos dominantes na sociedade, chegou à conclusão de que a criminalidade natural dos fatos se aquilata pelos paradigmas da piedade e da probidade.

O delito natural, ao seu ver, consiste numa ofensa aos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram em determinado agrupamento social. E esse conceito o penalista italiano proporcionou em oposição ao de delito artificial ou de criação política, que, sem ferir os mencionados sentimentos básicos, é punido pela lei, na preservação de importantes interesses.

Muito foi divulgada a crítica que tachou de insuficiente e inexato esse conceito, lembrando-se que os crimes contra o sentimento de pudor, tão sérios nas coletividades civilizadas, se reputariam, injustificavelmente, de mera criação política.

Em suma, os conceitos substanciais indagam a natureza do fato que, lesando ou pondo em perigo bens ou interesses jurídicos, mereça converter-se em ilícito penal, através da lei repressiva. Os conceitos formais cingem o delito à violação da lei penal.

É bem verdade que BINDING, com a sua teoria das normas, salientou que o delito não é um fato contrário à lei penal, e sim conforme a ela, porquanto se acomoda inteiramente ao relato do tipo, recortado no texto. O delito infringiria, pois, não a lei penal, mas a norma que a inspira. É uma observação proveniente de não equiparar o autor à lei penal o próprio preceito normativo, que o texto encerra, tácita ou, raras vezes, expressamente. A aceitar-se o ponto de vista do escritor germânico, o delito seria, na acepção formal, a violação da norma contida no texto

penal, norma que existe antes e acima do preceito.

A ciência do Direito Penal não tem em mira oferecer alguma definição porventura inexpugnável — filosófica ou sociológica — do delito, mas indicar os caracteres distintivos comuns àqueles fatos que o legislador houve por bem retirar da massa indiferenciada dos chamados atos ilícitos, para erigir à categoria de infrações penais.¹

Há pronunciada tendência a identificar, embora com as restrições de numerosos penalistas quanto à inserção do último qualificativo, o delito como sendo a ação humana, antijurídica, típica, culpável e punível.

O comportamento delituoso do homem pode revelar-se por atividade positiva ou omissão. Para constituir delito, deverá ser ilícito, contrário ao direito, revestir-se de antijuridicidade.² Decorre a tipicidade da perfeita conformidade da conduta com a figura que a lei penal traça, sob a injunção do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Só os fatos típicos, isto é, meticulosamente ajustados ao modelo legal, se incriminam.

A palavra tipicidade passou a ter largo curso na doutrina desde que, em 1906, BELING construiu a teoria da *Tatbestandsmässigkeit* (adequação de um fato ao delito-tipo), afirmando que, para constituir delito, deve a conduta corresponder fielmente à figura fixada na lei (*Tatbestand*), o que implicaria exatamente na *Typizität* (tipicidade). Anos depois, em 1930, o famoso penalista acrescentou à primitiva idéia a de *Leitbild* ou de *typus regens*, como ele mesmo disse, ou seja o ajustamento a um quadro legislativo penal dominante, conceito que seria, ao seu ver, mais perfeito para compreender o conteúdo do delito.³

Para REINHART MAURACH, cujo pensamento é análogo ao de numeroso grupo de modernos penalistas alemães entre os quais figura WELZEL, o tipo é a descrição terminante, a padronização de uma ação antijurídica, o que exclusivamente ao legislador compete. Desempenhando papel nuclear no Direito Penal, separa da conduta punível a impunível e permite distinguir os diferentes delitos.

Mas para MAURACH e os escritores a que se congrega é insuficiente a concepção objetiva do tipo, o qual, ao invés, deve a seu ver abranger também “não só o dolo, como também todas as outras direções da vontade do autor, por exemplo suas intenções, motivos e tendências”, sob pena de não cumprir o tipo a sua função, que é a de dar a “imagem reitora” de um delito e indicar a antijuridicidade. E formula exemplos. Se A subtraiu algo pertencente a B, não se pode só com esse dado concluir que praticou o crime de furto, pois pode tê-la tirado para uso efêmero. Se um homem toca no corpo de mulher menor despida, não estará necessariamente cometendo crime contra os costumes, já que, como médico, pode está-la examinando. Daí surgiu a revisão da doutrina do tipo, consoante o pensamento de HEGLER e MEZGER, a que MAURACH adere, de que grande número de delitos exige na formação do seu tipo os chamados elementos subjetivos do injusto ou tipicidade subjetiva, que se unem à ação objetiva para integrar-se o tipo.

Essa maneira de ver subordina-se ao conceito finalista de ação, fulcro do pensamento dos mencionados penalistas ao apreciarem a estrutura do delito. Para eles o dolo deixa o âmbito da culpabilidade para perfazer o tipo subjetivo. A culpabilidade tem bases diversificadas das tradicionais. A parte subjetiva do tipo

forma o seu componente finalístico, ao passo que a parte objetiva é o seu componente causal, que é dominado e dirigido pelo componente final.⁴

Entretanto, em nosso modo de encarar o assunto, se a ação humana, caminhando para um evento, que poderá ser o dano ou o simples perigo, integra, com o resultado, o elemento externo, material, objetivo ou físico, do crime, de outra parte se perfaz o seu elemento interno, moral ou psíquico com a culpabilidade, cujas formas extremas são o dolo e a culpa (em acepção estrita).

Evento e resultado são vocábulos sobre cuja significação se controverte bastante. Usando-os equivalentemente, consideramos, de acordo com o sistema do nosso Código [1940], a palavra resultado compreensiva não só do dano, como do perigo decorrente da conduta. Acentua a *Exposição de motivos* (tópico n.º 13) ter sido acolhido o conceito de que não há crime sem resultado, embora este, nos crimes de perigo, coincida cronologicamente com a ação ou omissão.⁵

O coeficiente pena não pode ser omitido. Não havendo crime sem que lhe seja cominada pena, a idéia da punibilidade é essencial à conceituação.

Parte Geral de 1984, art. 13

Na Parte Geral de 1984, permanece a idéia de que do resultado depende a existência do crime, pelo disposto no art. 13: “O resultado, de que depende o crime, só é imputável a quem lhe deu causa”, acrescentando que se considera causa “a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Adverte Reale Jr., no entanto, que não se trata de resultado na acepção naturalística do termo, como preconizava a doutrina de Von Liszt; trata-se, isto sim, de resultado no sentido jurídico da expressão: “da dicção legislativa (...) só se pode referir a resultado jurídico, visto como a maioria dos crimes não é de resultado material, ou seja, em que há uma modificação do mundo exterior que se destaca da ação”. A acepção jurídica de resultado é, segundo ele, compreensiva e abrange todos os delitos, ao contrário do que se daria se o vocábulo “resultado” fosse tomado em seu sentido naturalístico: “todo crime tem evento jurídico, mas nem todo tem evento naturalístico” (REALE JR., 2002: 221).

61 — As infrações penais dividem-se em crimes ou delitos e contravenções (divisão bipartida) ou, pelo sistema tricotômico, em crimes, delitos e contravenções.⁶ A tripartição foi admitida pelo Código Penal francês de 1810 e imitada em vários outros estatutos, como o belga, o alemão de 1871 e o austríaco, de outrora. O novo Código Penal da Áustria, de 1975, adotou a divisão bipartida: crimes e delitos.

No Brasil, a dicotomia é tradição do sistema jurídico, tal como acontece em Portugal, na Itália e em muitos outros países. O nosso Código imperial tinha disposição declarando sinônimos os vocábulos crime e delito. Advertimos que os empregaremos indiferentemente na explanação. De resto, é inevitável também, de acordo com o hábito do nosso meio, recorrer a uma ou outra daquelas duas palavras para exprimir a idéia geral de infração penal, abarcando, pois, às vezes, de modo irrestrito, as próprias contravenções.

Não existe distinção ontológica entre crime e delito, nas legislações que optam pela divisão tripartida. A diferença de gravidade — fundamento arbitrário — é que estabelece a demarcação, a fixar-se na qualidade ou na intensidade das penas e até na competência para o processo e o julgamento. Na França, por exemplo, os crimes são julgados pelo Júri, os delitos competem aos tribunais correcionais, e as contravenções, aos tribunais de Polícia. Contraditoriamente, os delitos, apesar de menos graves que os crimes, são apreciados com maior rigor, sem as incertezas comuns na Justiça de que participam juízes leigos em Direito. Daí o freqüente uso, pela magistratura e pelo Ministério Público, do “expediente oficioso da correccionalização”,⁷ ou seja a desclassificação de crimes, algo forçada, para delitos, pelo não reconhecimento de indissimuláveis circunstâncias agravadoras da ocorrência *sub judice*.

Permanece vigente a divisão tripartida no direito penal francês. Segundo o art. 111-1 do Código Penal, em vigor desde 1994, as infrações penais classificam-se, de acordo com sua gravidade, em crimes, delitos e contravenções.

Se é inteiramente impossível atinar com traços essenciais para a diversificação dos crimes em confronto com os delitos, a tarefa já depara óbices menores quando se procura delimitar o campo dos crimes ou delitos perante o das contravenções. Menores, mas ainda grandes. Os alvitres, teoricamente sedutores, esbarram em dificuldades práticas.⁸

Em geral se vê na contravenção um ato em essência inocente, que não causa dano, reprimido não pela sua maldade mas porque pode criar perigo para a sociedade. Nos crimes, haverá um mal positivo, que cumpre coibir com sanções mais severas que as empregadas nas contravenções. As leis penais nem sempre conseguem ater-se a esse critério diretivo geral, ainda que procurem observá-lo. Tendo em vista a relevância do acontecimento, há crimes de perigo, em que o dano não constitui, pois, elemento. Pela razão da mera potencialidade do dano, seriam contravenções. Trata-se, porém, de fatos demasiado perigosos, ou concernentes a interesses jurídicos que, pelo seu realce, reclamam acentuada proteção, — e o legislador eleva essas infrações à categoria de crimes. Não seria difícil apontar, ao inverso, entre as contravenções, como tais aceitas em toda parte, fatos manifestamente danosos.

Reconhecida a insuficiência das propostas doutrinárias de diferenciação, o legislador brasileiro, em face da insegurança das teorias, adotou, prudentemente, um

método empírico, indispensável porque o estatuto das contravenções inseriu regras peculiares, às vezes com abrandamento de certos princípios do Código Penal. A Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções (Decreto-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941) firmou este preceito, que será de utilidade, notadamente ao compulsarem-se leis posteriores aos dois grandes diplomas repressivos: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

A chamada Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.914/41) continua vigente. A adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito penal brasileiro, no caso de crimes ambientais (Lei n.º 9.605/98), não contradiz a regra geral da Lei de Introdução de que a todo crime se deve cominar pena privativa de liberdade, pois a todos os crimes ambientais, sem exceção, são cominadas penas privativas de liberdade (arts. 29 a 65). No entanto, em caso de condenação criminal de pessoa jurídica, a privação de liberdade tem de ser convertida em alguma das penas restritiva de direitos previstas na lei (arts. 21 e 22), dada a evidente impossibilidade de a pessoa jurídica cumprir pena privativa de liberdade.

62 — Os crimes desdobram-se em variadas categorias, a que se ligam, quase sempre, conseqüências práticas importantes, tornando-se por isso útil o conhecimento da terminologia respectiva. Ao precisá-la, levaremos em conta, inicialmente, o elemento subjetivo da infração; em seguida, o elemento objetivo, na parte atinente ao comportamento do agente; adiante, o elemento objetivo ainda, no que se refere ao evento a que tende a conduta; depois, o titular do interesse jurídico e determinadas condições materiais e individuais; por fim, a natureza do procedimento penal. Não esgotaremos aqui as designações cabíveis, em torno das quais, aliás, não reina uniformidade doutrinária. Irão sendo completadas durante a exposição de determinados institutos, perante os quais será mais simples aquilatar a razão de algumas denominações.

O mesmo crime, através de diferentes prismas, pode ser colocado em duas ou mais categorias. Algumas poucas modalidades a serem indicadas também se adaptam às figuras contravencionais.

Dividem-se os crimes, quanto ao elemento subjetivo, de acordo com o nosso Código, em dolosos e culposos. São dolosos aqueles em que o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo (art. 15, n.º I). Culposos, os em que o agente causa o resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 15, n.º II). A esses conceitos tornaremos, com as necessárias e ampliativas explicações, no capítulo referente à culpabilidade.

Como se vê, o estatuto penal não acolheu, através de menção expressa, a preterintencionalidade, como forma do elemento subjetivo, rejeitando, assim, o exemplo de outros códigos, entre os quais o italiano. Mas os crimes preterintencionais são uma realidade, a que o legislador brasileiro não pôde fugir, ao traçar as figuras delituosas. Vejamos, por exemplo, o art. 129, § 3.º.

Forma compreendida entre o dolo e a culpa, sendo mais do que esta e menos do que aquele, merece um nome à parte. Nos chamados crimes preterintencionais, o agente não quer o resultado que se verifica, nem assume conscientemente o risco de produzi-lo. O evento ultrapassa a sua intenção. Tem em vista, suponhamos, ferir e, por involuntário excesso, mata. Assim o fato, ocorrido em São Paulo, de certo pai que, ao sevir a filha com um pau que ocasionalmente apanhou do chão, lhe produziu a morte, cravando-lhe na cabeça, sem perceber, um prego que se encontrava fincado na madeira.

A preterintencionalidade⁹ é a forma do elemento subjetivo em que o agente quer um resultado sensivelmente inferior ao produzido. Há quem a denomine dolo preterintencional.

Evitando usar a designação tradicional, o nosso Código disciplina, a propósito, os chamados crimes qualificados pelo resultado, sobre cuja natureza também falaremos oportunamente.

Parte Geral de 1984, art. 19

63 — Quanto ao elemento objetivo, na parte alusiva ao comportamento do agente, podem os delitos, conforme a natureza positiva ou negativa do preceito violado, classificar-se em comissivos e omissivos, ou de comissão e omissão.¹⁰ O homicídio, por exemplo, representa um delito comissivo, porque o preceito que o define (art. 121) é positivo: “matar alguém”. O mesmo acontece com a lesão corporal (art. 129), a calúnia (art. 138), o constrangimento ilegal (art. 146), o furto (art. 155) e a maioria das infrações do Código Penal, porque os preceitos contidos nos referidos dispositivos — “ofender a integridade ou a saúde de outrem”, “caluniar alguém”, “constranger alguém”, “subtrair coisa alheia móvel”, etc. — são de natureza positiva. Ao contrário, são omissivos os crimes de omissão de socorro (art. 135), abandono material (art. 244), abandono intelectual (art. 246), omissão de notificação de doença (art. 269), por serem negativos os respectivos preceitos: “deixar de prestar assistência”, “deixar de prover à subsistência”, “deixar de prover à instrução primária”, “deixar de denunciar doença”.

Há, porém, os crimes de comissão por omissão, em que o preceito violado é positivo, mas a conduta assume a forma de abstenção. O homicídio, por exemplo, tipicamente crime comissivo, é praticável tanto por ação positiva quanto negativa: pode a enfermeira matar o doente que lhe foi confiado ministrando-lhe veneno ou deixando propositadamente de proporcionar-lhe a medicação recomendada. Cometerá infanticídio, que é crime comissivo, tanto a mãe que, nas condições

previstas em lei, matar o próprio filho atravessando-lhe o coração com uma bala, como a que se recusar a alimentá-lo, fazendo-o perecer de fome.

Caracteriza-se a existência da infração quando o sujeito ativo tem o dever jurídico de praticar o ato de que se abstém.

Admitiu MANZINI a possibilidade de crimes sem ação, positiva ou negativa. Seriam os crimes “de mera suspeita”, como, por exemplo, o do art. 708 do Código Penal de 1930, que manda punir a quem, encontrando-se nas condições previstas no art. 707, seja encontrado na posse de dinheiro, objetos de valor ou outras coisas não condizentes com o seu estado e cuja proveniência não justifique. O dispositivo indicado na remissão alude aos indivíduos condenados por delitos que visem lucro, ou por contravenções patrimoniais ou por mendicância, ou submetidos a medida de segurança pessoal, ou caução de boa conduta.¹¹ A proposta não encontrou o favor da opinião dominante.

Levando-se em conta a quantidade de atos que o compõem, o crime pode ser unissubsistente, se basta um ato, e plurissubsistente, se vários são precisos para se aperfeiçoar a infração,¹² como, por exemplo, acontece no exercício ilegal da medicina (art. 282).

Às vezes, prevê a lei uma conduta conjugada em que dois ou mais agentes intervêm, mas necessariamente, pois de outra forma não seria possível a infração. Assim o crime intitulado quadrilha ou bando (art. 288) e o de rixa (art. 137). São crimes chamados — de concurso necessário, ou plurissubjetivos, denominação proposta pelo penalista GRISPIGNI e geralmente aceita.

A disciplina dos crimes praticados por omissão foi mais extensamente desenvolvida na Parte Geral de 1984 do que fora no Código Penal de 1940. Continua havendo duas modalidades distintas de crimes omissivos: os crimes omissivos propriamente ditos, normalmente referidos como crimes omissivos próprios, são os que “consistem numa desobediência a uma norma mandamental, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada”; (BITTENCOURT, 2003: 172) e, ao lado desses, os crimes comissivos por omissão, também chamados de omissivos impróprios, nos quais o agente viola determinado dever de agir, consistente em evitar o resultado penalmente previsto. Exemplificando, é omissivo próprio o crime de omissão de socorro (Código Penal, art. 135); ao contrário, é omissivo impróprio — ou comissivo por omissão — o homicídio praticado pela mãe que deixa morrer de fome o filho bebê, dado o dever de cuidado que têm as mães para com seus filhos.

Na disciplina da omissão, foi no tratamento dos crimes de comissão por omissão (crimes omissivos impróprios) que a Parte Geral de 1984 esmerou-se. Com efeito, a atual redação do Código dedica o art. 13, § 2.º, exclusivamente às formas de contração do dever de agir para impedir o resultado, que é a condição para que a conduta omissiva seja equiparada à comissiva. Vale dizer,

a Parte Geral de 1984 preocupou-se em discriminar especificamente os casos em que se considera a existência do dever de agir, com intuito de dar mais clareza à disciplina dos crimes de comissão por omissão. Com esse fim, foi introduzido o conceito da omissão penalmente relevante (Exposição de Motivos, n. 13). Assim, para fins de caracterizar crime comissivo por omissão, é necessário que o agente (i) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13, § 2.º, a); ou (ii) tenha assumido, de outra forma, a responsabilidade de impedir o resultado (idem, b); ou, ainda, (iii) tenha criado, com seu comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado (idem, c). Só nesses casos é que se poderá falar em dever de agir.

Assim, praticarão o crime de homicídio doloso, na modalidade comissiva por omissão: (i) o bombeiro que, presenciando incêndio, deixa de socorrer a criança que se encontra dentro da casa em chamas, ainda que lhe fosse possível fazê-lo (art. 13, § 2.º, a); (ii) a babá que se oferece para cuidar de um bebê, mas o deixa morrer de fome (idem, b); e, ainda, (iii) a enfermeira que guarda frasco de naftalina no gabinete de remédios de pessoa de idade, à qual foi contratada para assistir, vindo esta a morrer após ingerir o veneno por engano, pensando tratar-se de sua medicação (idem, c).

64 — Encarado o evento, que se integra ao elemento objetivo da infração, podem os delitos ser de lesão ou de perigo, materiais ou formais, instantâneos ou permanentes, simples ou complexos, cabendo falar ainda dos crimes progressivos.

Há os que se consumam desde que determinem um perigo,¹³ ainda que não advenha a lesão. Outros, entretanto, se perfazem através da ofensa positiva a um bem jurídico ou a um interesse legalmente protegido. O crime de roubo, por exemplo, é de lesão, ou de dano; assim também o homicídio — enfim, a maior parte dos crimes. Como exemplo de crime de perigo, pode ser citado, de acordo com o nosso Código Penal, o consistente na exposição ao perigo de contágio venéreo. Integra-se independentemente de contaminação, consoante o art. 130.

Nos dias de hoje, é cada vez maior a importância teórica dos crimes de perigo. Se antes a doutrina concebia um direito penal que agia preponderantemente de forma repressiva, ou seja, posteriormente à lesão a bens jurídicos, fala-se hoje também em atuação penal antecipatória, visando prevenir lesões, e não apenas apenar seus agentes. Ainda que faltem pesquisas apontando precisamente a medida em que os crimes de perigo aumentaram em número na legislação penal, há quem aponte que estes vêm tomando terreno que antes pertencia aos crimes de dano: “o que se constata, atualmente, na sociedade do risco, é uma ênfase desmedida sobre a segurança antecipatória. (...) É

nessa linha de atuação que se insere uma tendência de criminalização em âmbito prévio” (MACHADO, 2005: 129).

Às vezes, o crime de perigo não é somente de perigo individual, mas coletivo. O incêndio, por exemplo, não deixa de ser crime de dano, mas também constitui — e isso é predominante em sua compreensão — crime de perigo comum, porque põe em generalizado risco a vida, a segurança e a propriedade alheias, por efeito da fácil expansibilidade do fogo.

Há em nosso Código um extenso capítulo de crimes que são tipicamente de perigo comum (arts. 250 a 259), assim como há outro de crimes de perigo individual (arts. 130 a 136). Esses capítulos desdobram nítidas figuras, que não são, porém, todas as que existem. A Lei das Contravenções, que especificamente tutela contra o perigo, dedica um capítulo às contravenções referentes à incolumidade pública (arts. 28 a 38), em que o perigo é comum.

Em razão da já mencionada tendência antecipatória do direito penal contemporâneo, os crimes de perigo vêm ganhando crescente importância. Nesse sentido, é importante anotar que, dentro da categoria dos crimes de perigo, fala-se em uma subdivisão que compreende, de um lado, os crimes de perigo concreto e, de outro, os de perigo abstrato.

Enquanto os crimes de perigo concreto são aqueles em que “efetivamente da ação realizada decorre uma colocação do bem jurídico em situação de perigo” (REALE JR., 2002: 278), como ocorre, por exemplo, no já mencionado crime de incêndio (art. 250), nos de perigo abstrato, a punição decorre não de um efetivo risco a que foi exposto o bem jurídico, mas sim à presumida perigosidade da ação em si mesma. Segundo Marta Machado, os crimes de perigo abstrato têm se mostrado a forma preferida de realização da criminalização antecipatória, pois são eles, “por excelência, categorias voltadas à antecipação da intervenção penal estatal”. (MACHADO, 2005: 129). A categoria dos crimes de perigo abstrato é polêmica e vista com reservas por alguns autores. Miguel REALE JR., por exemplo, assevera que as figuras de perigo abstrato “beiram a inconstitucionalidade” por criminalizarem condutas que não trazem efetiva lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos (REALE JR., 2002: 279).

No ordenamento vigente, a doutrina considera crimes de perigo abstrato muitas das figuras delituosas associadas a bens jurídicos difusos e coletivos, como a gestão temerária de instituição financeira (Lei n.º 7.492/86, art. 4.º) e boa parte dos crimes ambientais (Lei n.º 9.605/98).

Diferente nomenclatura considera os delitos formais e os delitos materiais. Há os que se consumam independentemente da produção de um resultado externo. Outros, pelo contrário, para a consumação, exigem essa maneira de resultado. Os primeiros são formais; os segundos, materiais.¹⁴ Exemplos de crime formal: a calúnia, a injúria. Proferida a injúria ou calúnia, não interessa à consumação que a pessoa visada sofra determinados efeitos, ao passo que na maioria dos crimes é exigível que se concretize o resultado para configurar-se a infração. Assim, o homicídio é delito material, pois o evento morte é essencial à figura delituosa, como elemento objetivamente apreciável.

Modernamente, atribui-se a essa classificação importância muito menor que outrora. Avulta o entendimento de que não há crime sem resultado. Claramente o acolhem os arts. 11 e 15, n.º I, do Código, referentes à causalidade material e ao dolo, aquela e este definidos em conexão obrigatória com o resultado. Consequentemente, o crime formal não pode ser desprovido de resultado, e, sim, crime em que o resultado, sem dúvida existente, não necessita exteriorizar-se separadamente da ação.

Parte Geral de 1984, arts. 13 e 18, n.º I

Na literatura penal brasileira, MANOEL PEDRO PIMENTEL, após dissertar sobre as categorias crime material e crime formal, manifesta o seu entendimento de que esta última não se identifica com a de “crime de mera conduta”, que assim conceitua: “é aquele em que a ação e a omissão bastam para constituir o elemento material (objetivo) da figura penal”. Baseado em GRISPIGNI, sustenta que nos crimes formais “há a presença do *dolo de evento ofensivo*, dolo de resultado, enquanto que nos crimes de mera conduta não pode existir dolo de evento, senão apenas *dolo de ação* ou de *omissão*. O crime formal visa a um resultado material — que pode ou não se verificar. O crime de mera conduta não inclui, de maneira alguma, a idéia de resultado”.¹⁵

Também se agrupam os delitos em instantâneos e permanentes.¹⁶ Há aqueles em que, uma vez consumados, pela perfeita conformidade entre o fato e a lei penal, se paralisa o procedimento proibido penalmente, termina a infração. É o que se dá com a maior parte dos delitos, que são os instantâneos. Em outros, os efeitos prosseguem, mesmo após o momento consumativo. Não se trata de efeitos mais ou menos remotos. Em verdade, o que perdura é a lesão ao direito. O delinqüente, que já realizou, com a sua conduta, os elementos todos da infração, persiste nela. Assim acontece, por exemplo, com o rapto, se a vítima é conservada sob o seu poder pelo raptor; com o cárcere privado; com a deserção, no Direito Penal Militar, e, no campo das contravenções, com a vadiagem.

Constitui característico indispensável da permanência a possibilidade, por parte do agente, de cessar a conduta criminoso, embora sem fazer desaparecer a infração penal, já consumada.¹⁷

Defluem relevantes conseqüências da qualidade permanente: a prescrição

começa a correr do dia em que cessa a permanência (art. 111, c, do Código Penal); e, enquanto ocorre a permanência, entende-se o agente em flagrante delito (art. 303 do Código de Processo Penal), legitimando-se, conseqüentemente, a sua prisão processual.

Parte Geral de 1984, art. 111, n.º III

A terminologia jurídica aponta uma designação semelhante à de delito permanente — o delito continuado, que, porém, não oferece real afinidade com a categoria ora em exame. O seu conceito será dado no capítulo referente à aplicação da pena.

Afigura-se escusado lembrar que a matéria do conflito de leis no tempo, quanto ao crime permanente iniciado sob a vigência de uma lei e encerrado sob a de outra, se resolve sempre em favor da lei nova, ainda que mais severa, pois é diretamente infringida. O mesmo se dirá do crime continuado.

Há, ainda, os delitos simples e complexos.¹⁸ Certos crimes ofendem um único bem jurídico. São os crimes simples. Outros se constituem de atos que ofendem diversos bens jurídicos — e são os crimes complexos. Exemplo de crime complexo: o latrocínio, que é o roubo a mão armada, com morte, consoante o entendimento comum. O agente não se limita a praticar um atentado contra a propriedade, mas, atentando contra o direito à vida, mata.

No Direito brasileiro, deve-se falar em crime complexo quando a respectiva figura se ache contemplada em preceito unitário, exatamente como acontece com a modalidade acima apontada a título de exemplo, prevista que é no art. 157, § 3.º, do Código Penal.

Dispondo sobre o exercício da ação penal no crime complexo, o art. 103 do Código apresenta uma conceituação prática dessa entidade, descrevendo-a como o tipo de crime em cuja constituição, ou em cuja especial agravação, entra algum fato que, por si mesmo, constitui crime.

A Parte Geral de 1984 tratou da ação penal nos crimes complexos em seu art. 101. Estabelece a lei que será pública a ação penal nas hipóteses de crimes complexos se a iniciativa de ação penal referente a qualquer dos múltiplos elementos do crime, individualmente considerado, couber ao Ministério Público. Na lição de Luiz Régis Prado, “quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público” (PRADO, 2002: 679). Esses conceitos são tratados com maior profundidade no Capítulo XVIII, que trata da Ação Penal.

Costuma-se usar ainda em outra acepção o qualificativo de simples. Há tipos de crimes, como o homicídio e o furto, que podem apresentar-se agravados por certas circunstâncias especialmente indicadas junto à figura básica, chamada simples, quando desprovida de tais circunstâncias. Bastará a presença, no caso concreto, de uma dessas circunstâncias, para que o crime se diga qualificado. Observem-se, a propósito, os arts. 121 e 155 do Código Penal.

Por vezes, a forma simples comporta particular abrandamento da pena, pela influência de outras circunstâncias, também expressamente declaradas ao lado da figura fundamental. Tem-se, então, o que se chama uma forma privilegiada da infração. Por exemplo, o homicídio praticado por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 121, § 1.º).

Apresenta certa semelhança com o crime complexo o chamado crime progressivo:¹⁹ a ação percorre etapas criminosas, na última das quais a gravidade culminante da ocorrência pauta a pena aplicável. Assim, o homicídio é crime progressivo relativamente às lesões corporais sofridas pela vítima na agressão de que, afinal, vem a morrer. A contaminação venérea, dano concreto, poderia ser incluída no Código como crime progressivo, quanto à figura chamada perigo de contágio venéreo (art. 130).

65 — Conforme o titular do interesse violado, os delitos podem ser comuns e contra o Estado. Comuns são os que ofendem bens dos particulares. Os delitos contra o Estado podem atingi-lo na sua organização política, e serão delitos políticos, ou na boa ordem da administração pública, integrando-se, então, variadas formas delituosas que o nosso Código Penal prevê, como o peculato, a concussão, o contrabando, a corrupção, a prevaricação e tantas outras.

Também se usa a denominação de infrações comuns para traduzir a generalidade das contempladas na legislação chamada comum (Código Penal, Lei das Contravenções), correlatamente às infrações previstas na legislação especial.

É das mais controvertidas a noção de crime político.²⁰ Para minorar as dificuldades, entrou-se a considerar a existência de delitos políticos puros e delitos políticos relativos ou conexos. Os primeiros só atentam contra a ordem política do Estado. Os segundos, além de ofender a ordem política, infringem o Direito comum. Suponha-se um homicídio praticado durante uma revolução, como fato integrado ao movimento sedicioso. Incidindo no Direito Penal comum, não é, puramente, crime político. Constitui crime político relativo ou conexo.

O interesse dessa diferenciação não está apenas em que, através dela, se fixa a terminologia adequada ao fenômeno da dupla incidência em preceitos repressivos, que nem todos se destinam a prever a genuína criminalidade política. É que, na prática, o delito político relativo ou conexo ordinariamente não goza da contemplação privilegiada que, nos regimes liberais, tem sido assegurada ao delito político puro, por via de considerações cuja evolução vamos recordar.

O que na conceituação predomina, segundo o entender de muitos autores, é o móvel que impulsiona o agente e constitui valioso índice da sua personalidade. É um

critério frisantemente subjetivo, e permitiu a escritores positivistas, perante os dados da Antropologia Criminal, afirmar que o delinqüente político se distingue pelos seus precedentes honestos, pelo teor moral da sua vida, pelo seu idealismo altruísta, mesmo quando chegue ao fanatismo. Se o delito comum não se mescla à sua conduta, mínima ou nula é a sua periculosidade.

A Parte Geral de 1984 buscou, segundo seus elaboradores, estender amplamente o princípio da culpabilidade, e uma das formas de fazê-lo foi a eliminação das medidas de segurança para os imputáveis (Exposição de Motivos, n. 18). Isso quer dizer que o fundamento para imposição de resposta penal ao agente imputável — mesmo que condenado por crime político — não poderá ser a periculosidade, mas, tão-somente, a sua culpabilidade. E isso vale para todo e qualquer crime; assim, desde a entrada em vigor da Lei n.º 7.209/84 (parte geral de 1984), não há mais que se falar em periculosidade do imputável, mas apenas e tão-somente em sua culpabilidade, independentemente do crime cometido. Essas idéias são tratadas em maior profundidade nos Capítulos XII (As penas) e XVII (As medidas de segurança).

O delinqüente político, na sua forma pura, é particularizado, pois, como portador de sentimentos elevados, que o induzem a proceder no pressuposto de conseguir o bem estar da coletividade.

Mas, antigamente, os delitos políticos eram tratados com grande severidade. Constituíam crimes de lesa-majestade. Foi na França, a partir de 1830, que teve início o sistema de se encararem com mais benignidade essas infrações. Passaram a estabelecer-se, na legislação francesa, duas classes paralelas de penas, sendo as menos graves para os delitos políticos. E deu-se também uma inovação. Começou-se a entender que a extradição não devia caber relativamente aos delinqüentes políticos, por não serem perigosos senão para o Estado da sua nacionalidade. A extradição foi admitida outrora principalmente para facilitar a repressão dos crimes políticos, que eram tidos na conta de sumamente graves. Depois verificou-se o contrário: entendeu-se que exatamente os crimes políticos, que haviam determinado o aparecimento do instituto da extradição, não deviam comportá-la.

E assim se pensa modernamente. As legislações costumam isentar os delinqüentes políticos da extradição. Esse critério foi aceito pelo nosso Decreto-lei n.º 394, de 28 de abril de 1938, art. 2.º, que, porém, nos parágrafos acrescentava: “§ 1.º — A alegação do fim ou motivo político não impedirá a extradição, quando o fato constituir, principalmente, uma infração comum da lei penal, ou quando o crime comum, conexo aos referidos no inciso VII, constituir o fato principal. § 2.º — Não se consideram crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou qualquer pessoa que exerça autoridade, nem os atos de anarquismo, terrorismo e sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a

ordem política ou social”. Essas normas foram, nas suas linhas gerais, mantidas pelo vigente Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, e seu Regulamento, o Decreto n.º 66.689, de 11 de junho de 1970.

Na Convenção sobre Asilo Territorial, de Caracas (1965), incorporada à legislação brasileira, estabeleceu-se que “a extradição não se aplica quando se trate de pessoas que, segundo a classificação do Estado suplicado, sejam perseguidas por delitos políticos ou delitos comuns cometidos com fins políticos, nem quando a extradição for solicitada obedecendo a motivos predominantemente políticos”.

A frase que excetua da extradição os crimes comuns, cometidos com fins políticos, gera certa perplexidade perante o disposto no art. 87, n.º VIII, § 1.º, do Decreto-lei n.º 941, de 1969, que manda conceder a extradição quando o fato constituir principalmente infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

A ressalva de que a extradição é cabível quando o fato que integra o crime político constitui, principalmente, infração comum da lei penal contém clara referência aos crimes políticos relativos ou conexos. Assim em geral se têm pronunciado as legislações — e também têm entendido que, quando avulta no crime político a brutalidade da execução, deve admitir-se o atributo de criminalidade comum, sendo, portanto, cabível a extradição.

O mesmo se tem sugerido quanto aos chamados crimes sociais, expressão usada — apesar da sua ambigüidade — para indicar atos que não investem apenas contra a ordem política de certo Estado, mas contra a organização econômica, política e social vigorante em quase todo o mundo. Descortina a categoria em apreço esta cláusula restritiva a que, em 1892, em Genebra, assentia o Instituto de Direito Internacional: “Não são considerados crimes políticos os fatos delituosos dirigidos contra as bases de toda a organização social e não somente contra um estado ou contra uma especial forma de governo”. Os delinquentes que cometem tais atentados oferecem perigo não só ao país no qual venham a agir, mas a todos os países. Por isso, decide-se que lhes é cabível a extradição. Foi a solução adotada pelo nosso legislador.

Uma das razões quase sempre invocadas para se conceder a extradição em tais crimes é precisamente a natureza extremamente violenta dos processos empregados pelos seus autores, que têm em vista combater e destruir as instituições vigentes em geral — a família, a propriedade, a religião, etc. É verdade, porém, que alguns observadores dessas restrições ao sistema de benevolência no tratamento da criminalidade política receiam vê-las comprometerem irremediavelmente as concessões recomendadas pela antiga doutrina, porque não é em todos os casos nítida a linha demarcatória entre os crimes políticos e os crimes sociais.

Também se usa o qualificativo sociais, unido ao vocábulo político, para designar simplesmente os crimes políticos (“político-sociais”).

A locução crimes sociais é fraca e descolorida ao abranger os atentados terroristas, cuja freqüência no mundo todo constitui o mais alarmante flagelo com que se defrontam os povos em nossos tempos e já há longos anos, tendo suscitado intensa preocupação que se exterioriza em congressos e convenções internacionais e drásticas mas ineficazes medidas punitivas, que não têm conseguido refrear essa

calamidade assustadora. A certeza do cabimento da extradição é somente um pequeno adinículo no conjunto das providências acautelatórias.

Não se consideram crimes políticos (Decreto-lei n.º 394, de 1938), ou podem não ser considerados crimes políticos, consoante o citado Decreto-lei n.º 941, de 1969, os atentados contra os chefes de Estado. O delinqüente, que tivesse praticado no estrangeiro delito de tal espécie, poderia ser extraditado pelo nosso País, se aqui se homiziasse. A esse respeito a nossa legislação seguiu a orientação dominante. Um tratado que celebraram a França e a Bélgica, após atentado cometido contra Napoleão III, estabeleceu pela primeira vez a chamada cláusula de atentado, ou cláusula belga, que permitia a extradição, em casos como esse. Tal cláusula estendeu-se, depois, a outros tratados e às legislações.

Lei n.º 6.815/80 — Estatuto do Estrangeiro

O Decreto-lei n.º 941/69 foi revogado pelo chamado Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80). Neste, mantém-se dispositivo que estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá não considerar crime político o atentado a chefes de Estado ou a quaisquer autoridades, bem como atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem e seqüestros que importem propaganda de guerra ou subversão da ordem política constituída (art. 77, § 3.º).

Bem se vê que a apreciação da qualidade política ou não da infração não é simples: depende de aprofundado exame da matéria, não só de acordo com a lei, mas também de acordo com a doutrina vigente.

O advento da Constituição de 1988 fez surgir a polêmica de saber se ainda há, em nosso Estado Democrático de Direito, crimes políticos. É certo que o texto constitucional traz, em seu art. 109, IV, referência ao instituto do crime político, ao estabelecer que a competência para processá-los será sempre da Justiça Federal. No entanto, o art. 5.º, LII, da Constituição de 1988 afirma que não se concederá extradição de estrangeiro se a motivação do pedido for acusação ou condenação por crime político. Argumenta-se que não faria sentido considerar a existência de crimes políticos se a Constituição expressamente proíbe a extradição nesses casos.

Uma maneira possível de resolver a controvérsia é precisando a diferença entre crimes políticos, de um lado, e

crimes que tenham o Estado e suas instituições políticas como vítimas, de outro. Para os que tratam crimes políticos, como aqueles cuja essência está em assumir determinado posicionamento político, como parece ser o caso de Greco Filho (1999: 153), de fato parece difícil aceitar que nossa Constituição os contemple, já que o seu art. 5.º, VIII, estabelece que ninguém será privado de direitos por motivo de convicção política ou filosófica. Para aqueles que, como Basileu Garcia, entendem ser crimes políticos todos aqueles cuja vítima principal seja o Estado ou suas instituições políticas, é possível afirmar que ainda há crimes políticos no Direito brasileiro, nessa acepção ampla do termo: é o caso dos crimes contra a segurança nacional, previstos na Lei n.º 7.170/83.

O Decreto-lei n.º 394 declarou e os textos legais novos repetiram: “Caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração”. Disseram-no acerca do processo da extradição, assunto a que muito se liga, como se acaba de demonstrar, o da criminalidade política. Essa competência é consagrada pela Constituição de 1969, no art. 119, n.º I, g.

Constituição de 1988, art. 102, n.º II, b

Na Constituição de 1988, definiu-se a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em grau de recurso, os acusados de crimes políticos (art. 102, II, b). Segundo o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80, art. 77, § 2.º), caberá sempre ao Supremo Tribunal Federal determinar eventual natureza política do crime, até porque é sua a competência para processar e julgar originariamente os pedidos de extradição formulados por Estados estrangeiros (art. 102, I, g).

Evitando a especificação de normas constitucionais que se tornaram algo complexas devido às remissões e modificações operadas, resumiremos que o art. 563, *a*, do Código de Processo Penal Militar de 1969 as interpretou corretamente ao estabelecer o cabimento de recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal das decisões proferidas pelo Superior Tribunal Militar nos crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares praticados por civil ou governador de Estado e seus secretários. Já o proclamou o Supremo Tribunal Federal, acrescentando que os militares continuam a ter, quando cabível, o recurso extraordinário.

Como crimes políticos, em nosso País, de modo geral se consideram os que

infringirem a Lei de Segurança Nacional, de n.º 6.620, de 17 de dezembro de 1978. Os crimes eleitorais também são crimes políticos.

Lei n.º 7.710/83 — Crimes contra a Segurança Nacional Leis n.os 4.737/65 e 9.504/97 — Código Eleitoral

A nova Lei de Segurança é muito mais branda do que o precedente diploma, Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, que foi revogado. Neste cominavam-se a pena de morte e a de prisão perpétua, o que não ocorre na lei nova, formulada em harmonia com a Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978, consoante a qual “não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento”.

A atual Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.710/83) tampouco comina penas de morte, perpétuas ou de banimento, mesmo porque a Constituição de 1988 as proíbe expressamente (art. 5.º, XLVII, *a e e*). As únicas exceções ficam por conta de certos crimes militares cometidos em tempo de guerra. A despeito de a Lei n.º 7.710/83 prever condutas a que comina penas elevadas, a outros tantos crimes previstos na atual Lei de Segurança Nacional são cominadas penas que possibilitam, em concreto, condenações a até quatro anos de privação de liberdade, condição que, somada a outras que serão vistas oportunamente, possibilitam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pode-se dizer, portanto, que se trata de lei ambígua, no tocante a sua severidade, pois ao mesmo tempo que prevê penas que podem facilmente chegar aos trinta anos de reclusão, como no caso da tentativa de submeter parte do território brasileiro a nação estrangeira, de que resulte morte (art. 9.º, parágrafo único), prevê também condutas percebidas como graves que, não obstante, podem receber penas restritivas de direito, como seria a hipótese de entrega de dados sigilosos do governo brasileiro a governo ou grupos estrangeiros (art. 13).

A Lei n.º 6.620, de 1978, também reduz bastante, nas várias figuras delituosas que vinham do diploma anterior, a pena de reclusão, agora cominada em limites menores.

Outra particularidade interessante é que a vigente Lei de Segurança [1978] eliminou o disposto no art. 27 do anterior decreto-lei, que contemplava, considerando-o pois crime político, o ato de “assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação”, crime que, portanto, agora fica abrangido pelo Código Penal.

A Lei n.º 7.710/83 manteve a opção de não considerar as referidas condutas crime contra a segurança nacional, permanecendo elas regulamentadas por dispositivos diversos da Parte Especial do Código Penal em vigor.

Conquanto se compendiem na Lei de Segurança as normas com que o Direito nacional reprime a criminalidade política, cumpre não olvidar que institutos como a extradição e o asilo obrigam a atender a princípios e a noções que pairam acima dos textos legislativos.

É costume celebrarem-se entre as nações tratados de extradição, mas o nosso Direito positivo, a exemplo de muitos outros países, dispensa para o atendimento do pedido o tratado, contanto que em sua falta se invoque a reciprocidade de tratamento (art. 87 do Decreto-lei n.º 941, de 13.10.69).

Lei n.º 6.815/80 — Estatuto do Estrangeiro

Mantém-se essa regra no direito vigente. De acordo com o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80, art. 76), a extradição poderá ser concedida não só quando houver tratado entre o país requerente e o nosso, mas também quando aquele prometer ao Brasil reciprocidade.

A Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, inovou que, “para o efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares ou puramente políticos” (art. 47). Analisaremos esse dispositivo quando tratarmos da reincidência.

Parte Geral de 1984, art. 64, n.º II.

Na Parte Geral de 1984, manteve-se a opção de não considerar anterior condenação por crime político para fins de reincidência (art. 64, n.º II).

Entre os crimes políticos, incluir-se-á o genocídio — destruição sistemática de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso? Ainda que praticado por motivos políticos, esse crime não será considerado político, para efeitos de extradição, declara a convenção internacional firmada em 1948 pelo Brasil e repete o art. 6.º da Lei n.º 2.889, de 1956 (ver n.º 56 e nota 133). Assim, cabe-lhe a qualidade de crime político, mas para outros efeitos, e variados existem. No entanto, esse crime, que pode ser cometido em tempo de paz, é, quase sempre, crime de guerra, e como tal fica sujeito às mais terríveis sanções. De resto, os países signatários daquela convenção obrigaram-se a cominar-lhe penas “eficazes”, quer dizer: severíssimas.

A Lei n.º 2.889/56 continua em vigor, sendo importante acrescentar que, por força do art. 1.º da Lei n.º 8.072/90, o genocídio passou a ser considerado crime hediondo.

Na classificação das infrações, cumpre aludir ainda aos crimes militares. O cunho especial da legislação respectiva foi ressalvado no art. 360 do Código Penal. Relegada, pois, a estruturação desses crimes para outro estatuto, existe um Direito Penal Militar autônomo e continuam as classes armadas sujeitas a Tribunais peculiares.

Quanto ao conceito de crime militar, há infrações que não permitem a menor incerteza: são as propriamente militares — infrações específicas da atividade militar, que só podem ser praticadas por militares, como a deserção e a indisciplina. Entretanto, consideram-se também crimes militares, impropriamente, infrações de Direito comum, desde que cometidas em certas condições, de pessoa, tempo e lugar, previstas minuciosamente em dispositivos do Código Penal Militar,²¹ atualmente o Decreto-lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969. À Justiça Militar compete — consoante o art. 129 da Constituição — processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas. Conforme o § 1.º desse artigo e o art. 52 da Lei de Segurança de 1978, também ficam sujeitos à Justiça Militar os civis que cometam crimes enquadráveis no referido diploma.

A atual competência da Justiça Militar, dada pelos códigos Penal e de Processo Penal militares, sofreu algumas importantes reformas nas últimas décadas, em especial pela Lei n.º 9.299/96, motivada pelo flagrante televisivo de violências policiais na cidade de Diadema, na Grande São Paulo. Antes dela, crimes contra a vida de civis praticados por militares em serviço eram

juulgados pela Justiça Militar, que era acusada de julgar de forma excessivamente corporativista os seus pares. A corroborar essa tese, há a extensa pesquisa de Caco Barcelos, publicada com o título *Rota 66*. Por essa razão, a dita lei acresceu o parágrafo único ao art. 9.º do Código Penal Militar, que agora determina ser de competência da justiça comum os inquéritos e processos contra militares por crimes contra a vida de civis.

Equiparam-se aos militares os assemelhados. São assemelhados os civis que exercem funções em repartições militares e estão sujeitos à disciplina dos quartéis, mas que as exercem em virtude de leis e regulamentos. Não basta que o civil seja agregado a uma repartição militar; é mister que o seja legalmente, e, nessas condições, está subordinado *in totum* ao regime penal militar.

66 — Pelo critério da iniciativa no procedimento criminal, existem delitos de ação pública e de ação privada. A tendência, modernamente, é de se dar ao Ministério Público a obrigação e o direito exclusivos de processar os delinquentes. No interesse da sociedade, porém, alguns delitos mantêm-se como de ação privada. São infrações cujo processo toca tão-só à iniciativa da parte lesada. A lei toma essa diretriz, tendo em apreço a natureza do bem violado, em atenção a certos sentimentos que estão em jogo. Por exemplo, os atentados ao pudor. A nossa legislação considera-os, quase sempre, de ação privada. O interesse público no sentido da repressão cede o passo ao interesse, também respeitável, da vítima e da sua família, que podem preferir o silêncio em torno do fato criminoso.

Com os atuais Códigos penal [1940] e de processo, instituiu-se no Brasil, para hipóteses restritas, certa forma intermédia, consistente na ação pública mediante representação: sem que o ofendido ou seu representante o solicite, o processo não será iniciado, mas é o Ministério Público que o instaura. Ao passo que na ação privada todo o procedimento repressivo é movimentado pela vítima ou seu representante legal, àquela ou a este, na modalidade mista, só compete o impulso originário. Na ação privada, pode o particular desistir, em meio ao feito. Na ação pública mediante representação, só lhe é possível fazê-lo antes de oferecida a denúncia, pela Promotoria. A ação pública, aliás, caracteriza-se pela impossibilidade de ocorrer desistência.

Essas noções sumaríssimas serão ampliadas no Capítulo XVIII.

67 — Sujeito ativo²² do delito, ou agente, é quem o pratica. Só o homem, individualmente ou associado, pode sê-lo. No estudo da co-delinquência, veremos que a conjugação de dois ou mais sujeitos ativos se estabelece através de um vínculo subjetivo, de culpabilidade.

Indaga-se, a propósito, se a pessoa jurídica, unitariamente considerada na sua personalidade moral, pode ser sujeito ativo de delito. Comumente se fala em crimes dos Estados, pessoas jurídicas de Direito Público externo. Mas só em sentido figurado. Porque não há cogitar de crime sem pena, e inexistem penas de Direito Internacional Público. Os abusos praticados pelas nações encontram, freqüentemente, o corretivo de castigos, que, todavia, não representam autênticas penas, reguladas em lei.²³

As pessoas jurídicas de Direito Privado envolvem-se, às vezes, em atos criminosos, falando-se em crimes das corporações, sociedades, associações. Vigora, porém, o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, árdua conquista do Direito moderno. Evitam-se as penas aberrantes. Outrora, as punições alcançavam, além do criminoso, pessoas sem culpa, em particular os seus descendentes. Semelhante desvio ocorreria se, pelos atos criminosos cometidos no seio de uma organização coletiva, respondessem pessoas que para eles não houvessem concorrido material e moralmente, com a inteligência e vontade que redundam na culpabilidade.

Em tais conjunturas, torna-se mister individuar a responsabilidade, corporificá-la nos diretores ou gerentes que tenham, sob o duplo aspecto, objetivo e psíquico, da causalidade, realizado o acontecimento proibido pela lei penal, ou contribuído sensivelmente para executá-lo. Como ficção que as pessoas jurídicas constituem, não é possível estender a sua presumida vontade geral para o fim de capacidade penal.

Contudo, a responsabilidade criminal de tais entidades vem sendo, modernamente, defendida por não poucos penalistas, tendo o tema figurado nos congressos de Direito Penal com augúrios para a reforma das legislações.²⁴

O nosso Código Penal não cogitou da pessoa jurídica como sujeito ativo, nem o Código de Processo lhe admitiu a condição de ré na ação repressiva. Mas, em face de certos crimes cometidos pelos mentores da pessoa jurídica, autoriza o estatuto substantivo impor medidas de segurança contra esta (art. 99), além das penas cabíveis aos responsáveis diretos.

Tais medidas se revestem de caráter temporário — interdição por tempo determinado. Não chegam, pois, ao extremo preconizado por alguns autores que, em analogia com a pena de morte, propõem o aniquilamento da pessoa jurídica perniciosa, graças à dissolução forçada.

O Decreto-lei n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946, referente aos crimes contra a economia popular, permitiu o definitivo fechamento de estabelecimentos comerciais, por efeito da sentença que condenasse o gerente, administrador ou proprietário reincidente em infração dessa natureza. Mas, passando a regular a matéria, a Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, no art. 6.º, só cogitou — e como pena acessória, exclusivamente imponible, portanto, a pessoas físicas, — da incapacidade temporária para o exercício de profissão ou atividade, nos termos do art. 69, n.º IV, do Código Penal [1940].

O ordenamento jurídico vigente estatui que também a pessoa jurídica pode ser autora de infração penal. Com efeito, a Constituição de 1988 previu, em seu art. 225, § 3.º, a possibilidade de pessoas jurídicas serem penalmente responsabilizadas por infrações ao meio ambiente. A Lei n.º 9.605/98, que trata, entre outros assuntos, dos crimes ambientais, fez uso dessa possibilidade aberta pelo constituinte e estabeleceu, em seu art. 3.º, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A possibilidade de responsabilização penal das pessoas

jurídicas rendeu grandes discussões nos âmbitos nacional e internacional. A maior parte deles tende a rejeitar tal possibilidade, uma vez que consideram não ser a pessoa jurídica capaz de ação, na acepção jurídico-penal do termo. Isso porque à conduta se liga a culpabilidade, que é hoje tida como a base para a imposição de sanções penais e, sob esse ponto de vista, a conduta de pessoa jurídica seria, a bem da verdade, conduta de pessoa física juridicamente tratada como conduta de pessoa jurídica. Ou seja, a pessoa jurídica não teria culpabilidade que se poderia dizer propriamente “sua”, de forma a não ser possível impor a ela penas criminais. Argumentam, ademais, que a punição de pessoas jurídicas, pela via penal, implicaria desrespeito ao dogma de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, já que sócios minoritários ou acionistas preferenciais seriam diretamente prejudicados pelas penas aplicadas a pessoas jurídicas.

Contudo, há autores que defendem a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. No que tange à culpabilidade, seus defensores apontam que a vontade da ação há de ser concebida, nos delitos de pessoa jurídica, em sentido sociológico ou normativo, e não psicológico-individual, já que não é possível ignorar que a pessoa jurídica é capaz de atos que só por intermédio dela podem ser executados (SHECAIRA, 1998: 94). No que diz respeito ao princípio da pessoalidade das penas, argumentam que toda pena, por sua natureza, prejudica indiretamente terceiros: a privação de liberdade aplicada ao chefe de família faz que o lar perca seu arrimo, por exemplo. O que importa, dizem, é que os direitos atingidos pela pena sejam de titularidade do apenado, pois é isso que manda o princípio da responsabilidade penal individual (SHECAIRA, 1998: 89).

Ainda que as discussões sobre o tema tenham arrefecido, não se pode dizer que a controvérsia tenha chegado ao fim, pois tanto na doutrina como na jurisprudência não há consenso na matéria.

A Parte Geral de 1984 tampouco tratou expressamente da responsabilização penal das pessoas jurídicas, e não mais prevê medidas de segurança aplicáveis a estas, quando utilizadas como meios para a prática de delitos. Como será visto oportunamente, as medidas de segurança previstas pelo Código Penal (art. 96, I e II) são estritamente pessoais: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou sujeição a tratamento ambulatorial.

De acordo com o art. 21 e incs. da Lei n.º 9.605/98, que prevê a responsabilização criminal das pessoas jurídicas nos casos de delitos ambientais, são penas aplicáveis a estas a multa, a prestação de serviços à comunidade e a restrição de direitos. Consoante o art. 22 da mesma lei, as penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas jurídicas são a suspensão parcial ou total de atividades, a interdição temporária de estabelecimento, obra ou

atividade e ainda a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, pelo prazo máximo de dez anos (§ 3.º). Aplicar-se-á a suspensão de atividades quando o funcionamento da companhia não estiver de acordo com os padrões de segurança ambiental exigidos. (art. 22, § 1.º). A esse respeito, confira-se, o texto de Sérgio Salomão Shecaira sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

68 — Sujeito passivo é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime. A lei designa-o, comumente, pelas palavras ofendido ou vítima.²⁵

Sujeito passivo é principalmente a pessoa física, o homem. Pode sê-lo mesmo antes do nascimento, pois o direito do feto à vida é resguardado com a punição do abortamento. Ao nascer, pode a criatura humana ser vítima de infanticídio. E, em plena existência, há, contra o homem, as mais variadas infrações.

Será impróprio, entretanto, considerar o morto como sujeito passivo. O vilipêndio a cadáver, a violação de sepultura, ofendem aos vivos. Configurável, também, em certas condições, a ofensa moral (calúnia, difamação, injúria) à memória dos defuntos, estes não constituem os sujeitos passivos, por não serem titulares de direito.

No homicídio, o homem que vem a perecer é o sujeito passivo, por ser, ao realizar-se o crime, titular do direito à vida.

Importante reflexo processual deriva da qualidade de sujeito passivo, pois lhe é facultado, ou ao seu representante legal, promover a ação penal privada, ou representar para que seja instaurada — se de natureza pública condicionada à representação do ofendido — e, não só nessa hipótese, como na comum, de ação pública, auxiliar a acusação, exercendo o encargo de assistente do Ministério Público. Sobre as modalidades do procedimento repressivo, leia-se, neste mesmo capítulo, o tópico n.º 66.

Ocorrido crime de homicídio, a mencionada atividade processual toca ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do sujeito passivo (art. 102, § 4.º, do Código Penal, e art. 31 do Código de Processo Penal, preceitos que prevêm a hipótese de “morte do ofendido”). Deve-se aplicar esse critério no crime de calúnia a mortos, conquanto o extinto não seja o sujeito passivo. O estatuto penal, que alude no art. 138, § 2.º, à calúnia a mortos, não cuidou atentamente do aspecto processual, nem o fez o Código de Processo, tendo-se satisfeito ambos com aquela insuficiente fórmula “morte do ofendido”. Em todo caso, mesmo por direito próprio, justificar-se-ia a interferência processual do cônjuge e parentes a que se referem os textos citados. Aliás, a essas pessoas a Lei de Imprensa, que, além da calúnia, cuidou da difamação e da injúria a mortos, conferiu, expressamente, o direito de queixa (art. 40, n.º I, d, da Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967).

É evidente que a pessoa jurídica, quer de Direito Público, quer de Direito Privado, como titular de direitos feridos pelo crime, se acha em condições de ser sujeito passivo. Além dos crimes contra as sociedades civis ou comerciais, são freqüentes os cometidos contra o Estado — sua personalidade política e, mais restritamente, a administração pública.

Alguns escritores ampliam a qualidade do Estado como sujeito passivo, tendo-o como sujeito passivo principal e constante de todas as infrações, dado o interesse publicístico da repressão. Há mesmo crimes em que seria difícil, ou impossível, entrever outro sujeito passivo, senão o Estado, representando a comunidade atingida por determinados atos criminosos, sem a individualização de vítimas.

Os animais não podem ser sujeitos passivos, por não serem titulares de direitos, embora tenhamos deveres de ordem moral para com eles. Infrações penais²⁶ são praticáveis relativamente a animais, que se reduzem, nessa hipótese, a objeto material de tais atos.

Objeto material é o ser ou coisa em que incide a conduta criminosa. Vale dizer que, às vezes, o sujeito passivo, conforme a modalidade da infração, é também o seu objeto material. E há delitos desprovidos de objeto material.

Conexa à idéia de objeto material, delinea-se a de objeto jurídico, representado pela norma violada ou posta em perigo pela ação, ou — como dizia ARTUR ROCCO no livro que dedicou ao estudo do objeto do delito — consistente no próprio bem ou interesse jurídico protegido pela norma jurídico-penal que vem a ser violada, abrangido mesmo na conceituação o dever imposto pela norma.²⁷

69 — Problema de alto interesse no Direito Penal, mas também de grande dificuldade, é o da relação causal.²⁸

O art. 11 do Código é o preceito destinado a regular a matéria. Determina o que deve ser considerado como causa material do crime, o qual, assim, será imputado, objetivamente, a alguém. Está visto que, ao realizar-se a imputação objetiva, restará ainda a de natureza subjetiva ou psíquica para perfazer-se a responsabilidade.

Parte Geral de 1984, art. 13

Causa é a energia criadora do resultado. Este, entretanto, sempre advém graças à conjugação de múltiplos elementos, próximos ou remotos. Daí intentarem diversas teorias precisar a noção de causa, investigando e debatendo acerca do maior ou menor realce a ser conferido a umas ou outras forças produtoras do evento.

Pela teoria da equivalência das condições, ou da *conditio sine qua non*, considera-se causa toda condição do resultado, todo fato que concorra para produzi-lo, todo fato sem o qual o resultado não se teria produzido. Se, mentalmente, perante a ocorrência verificada, se abstrair a contribuição causal a que se quer dar o valor de condição, e se concluir que, suprimida a sua atividade, o resultado não apareceria, não se terá dúvida de que aí se achará, autenticamente, uma condição, com o pleno valor de causa.

É fácil verificar que essa teoria, que remonta à lógica de STUART MILL e foi

introduzida no Direito Penal por VON BURI, atribui aptidão causal mesmo aos antecedentes distantes, desde que, sem eles, não se daria o resultado. Amplia, pois, muito o alcance da causalidade. Nas aplicações jurídico-penais, o seu temperamento efetua-se consolidando-se a correlação entre a causalidade material ou objetiva e a subjetiva ou psíquica: para responder penalmente, não basta que o indivíduo tenha movido uma *conditio sine qua non*. Deverá tê-lo feito com suficiente dose de elemento subjetivo (dolo, culpa).

Consoante a teoria da preponderância, preconizada por BINDING, deve-se reputar causa somente a condição que, no conjunto dos elementos em equilíbrio, imprime decisivo movimento para o resultado. Ante a virtual produção de certo evento, há um conflito de forças — algumas conservadoras e outras de alteração do estado de coisas. Só a condição realmente relevante merece o nome de causa.

No entanto, a verdade é que pode alguém ter concorrido valiosamente para um evento criminoso sem impulsionar essa condição derradeira e decisiva.

BIRKMEYER sustentou a teoria da condição mais eficaz. Uma das condições, entre todas, é, sob o aspecto quantitativo, especialmente importante. Só essa merece a denominação de causa.

Argúi-se, porém, que as causas criadas por atos humanos não se podem reduzir a quantidades e que, às vezes, o evento decorre de uma associação de esforços, todos delituosos, apesar de representarem condições quantitativamente diversas.

A teoria da causa eficiente ou da qualidade apresenta variantes. Na sua exposição sempre avulta o conceito de eficiência causal, à semelhança da teoria da preponderância, mas desta se diferencia pelo entrelaçamento, que estabelece, entre o paradigma qualitativo e o quantitativo. Causa, como diz KÖHLER, é aquilo que tem força decisiva em relação ao evento. Seriam meras condições, e não causa, os elementos que concorrem para o evento sem força decisiva, como, *verbi gratia*, a umidade do ar e o calor relativamente à existência da planta, a qual, porém, é causada pela semente.

MAYER inovou essa teoria, com a concepção de condições estáticas, ou em repouso, e dinâmicas, ou em movimento — noção em verdade inaceitável, porque não merecem o nome de condição os elementos que nada movem no sentido do resultado. Para ele, seriam causa, propriamente dita, as contribuições dinâmicas, não merecendo as outras mais que o nome de condições.

Na Itália, STOPPATO, com base na teoria da causa eficiente, considerou como causa a ação que em verdade produz o resultado, distinguindo-a não só da condição, que permite à causa eficiente agir, pela remoção dos obstáculos, como da ocasião, que não tem mais que o valor de circunstância propiciatória. É perceptível que essa opinião não nos ensina a entrever a causa efetivamente produtora do evento.

A teoria da causa próxima, de ORTMANN, dá o valor de causa à derradeira das condições positivas do acontecimento. O efeito é causado pelo final movimento. Como se vê, recusa o atributo de causa à chamada causa mediata ou indireta, às vezes tão séria e apreciável na eclosão do resultado. E como saber qual a causa última?

A teoria da causalidade adequada foi precisamente enunciada por VON BAR e VON KRIES. Causa é a condição em geral idônea, que sabemos ser apta a produzir o

resultado. Não é, portanto, qualquer condição. A experiência nos revela que certas contribuições são atípicas, inadequadas. Só fazem jus ao nome de causa os antecedentes típicos ou adequados.

As principais críticas opostas a essa teoria são, em primeiro lugar, ter o defeito de imiscuir, com o problema da causalidade material, elementos de indagação totalmente estranhos, como o da imputabilidade e o da antijuridicidade, pois será com o auxílio desses dados que se irá perquirir a adequação da suposta causa. Além disso, prefixar o caráter adequado de uma condição é, freqüentemente, temerário. E, em concreto, ocorrido o evento, para o qual confluíram todas as condições, não se poderá dizer que uma só delas o produziu.

70 — O assunto da relação de causalidade assume particular importância em nosso Direito Penal no tocante ao homicídio. E, para que bem se possa compreender a matéria, penetraremos passageiramente no capítulo alusivo a esse delito, embora o nosso objetivo imediato seja apreciar a Parte Geral do Código Penal.

O vigente estatuto [1940] não contempla mais, como o fazia o Código de 1890, as concausas. Concausas — o próprio nome o diz — são, no homicídio, certas condições que concorrem para o resultado letal. O ato humano seria, por exemplo, determinada agressão. O agente vulnerador dispara contra a vítima tiros de revólver e esta vem a falecer. Mas verifica-se que a morte não se deu em consequência das lesões propriamente ditas, e sim por força de condições personalíssimas do ofendido. Dos tiros dados, resultariam, normalmente, no máximo, ferimentos. Mas o paciente sofria de uma doença grave, que trouxe complicações, e veio a perecer. Eis, pois, o que seja concausa: um elemento causal a concorrer com outro, de modo a determinarem, em influência conexas, o resultado.

A nossa lei penal de 1890 era extremamente defeituosa a respeito desse assunto, e foram constantes as controvérsias na sua aplicação, a suscitar soluções disparatadas e incongruentes.

Havia as concausas preexistentes e supervenientes. Uma condição personalíssima do ofendido, por exemplo, representava concausa preexistente. A vítima viera a falecer — suponha-se — não tanto por efeito do ferimento cortante, mas por ser um diabético, de fraca resistência a golpes de tal natureza. As concausas supervenientes decorriam da inobservância, por parte do ofendido, ao regime médico e higiênico indispensável ao seu estado.

Provado o influxo de uma concausa, a pena do homicídio era intensamente diminuída.

Já não há interesse em reproduzir em pormenor as muitas discussões travadas acerca das concausas. As divergências começavam a respeito do que seriam as condições personalíssimas, cujo entendimento não era dos mais simples, devido à defeituosa técnica do legislador. Disse este que se reputava mortal uma lesão, quando praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado mórbido anterior concorresse para torná-la letal. E então surgia a dúvida, no sentido de se saber se o legislador tinha querido ou não estabelecer diferença entre o que chamou — constituição ou estado mórbido anterior, e o que denominou — condições personalíssimas. Em nosso entender, o intuito do legislador fora a equiparação, estabelecendo a pena de prisão celular de quatro a doze anos para essas hipóteses

em conjunto.

Muitas vezes se verificava que o autor da agressão podia até ter contado com a concausa para maior segurança do resultado lesivo — e o legislador pátrio não refletira sobre isso. Em um caso que se discutiu, certa mulher grávida, quase ao término da gestação, sofreu golpes de faca por parte do seu amásio. Veio a morrer, sendo o crime de extrema brutalidade, mesmo pela condição personalíssima em que se achava a vítima e que era do conhecimento do autor do homicídio. De acordo com a cega aplicação da lei, entretanto, tal condição personalíssima era apta a diminuir a importância do delito e a quantidade da pena, por haver concorrido para o êxito letal. A lei não devia tolerar a diminuição penal, quando o agente, pela sua má-fé ou pelo simples conhecimento, tivesse voluntariamente incorporado ao seu crime a coadjuvação de uma concausa, como sucedia no citado exemplo. Quem — outro exemplo — sabe que alguém sofre de um aneurisma da aorta, e se aproveita disso para matá-lo com um soco no peito, está reunindo a condição preexistente ao ato delituoso, e, nesse caso, lógico seria que respondesse pelo crime na sua plenitude.

Absurdos também se davam com as concausas supervenientes. Por vezes, o paciente de um crime não tivera assistência necessária por ser pessoa que morava em lugar sem recursos. Verificava-se a morte por inobservância de regime médico e higiênico. Não deveria, só por isso, o autor do crime ser favorecido. Mas, pela aplicação mecânica da lei, é o que se dava.

Podia ainda ocorrer esta hipótese: exatamente para evitar que a vítima recebesse o regime médico adequado, ao agente acudiria conduzi-la previamente para local afastado e ermo. Entretanto, o agressor facilmente seria contemplado com a diminuinte da concausa.

Só se justificaria a interferência atenuadora emprestada às concausas se se restringisse a sua aplicação à hipótese de se comprovar a inexistência de intenção de matar. Se alguém teve o intuito de eliminar o seu inimigo, e conseguiu o seu desígnio, embora com a cooperação de condições concorrentes, não haveria razão para diminuir-lhe a pena.

71 — Quando o atual Código Penal [1940] trata do homicídio, não faz mais referência às concausas. Substituiu-as pela regulação do nexo de causalidade, nos termos do art. 11, que declara: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Parte Geral de 1984, art. 13

O Código abraçou, como, aliás, se explica na *Exposição de motivos*, a doutrina da equivalência das condições. Todas as condições que determinam o crime consideram-se iguais, no mesmo plano, quanto à sua eficácia causal. Qualquer delas e todas elas se reputam causa do crime. Portanto, de acordo com esse princípio, verifica-se que, se as condições determinadoras de um homicídio foram, em primeiro

lugar, o ato do agressor e, em segundo lugar, a enfermidade anterior que a vítima tivesse, ou mesmo aquela inobservância do regime médico e higiênico a que nos reportamos, a consequência será atribuir-se, sob o aspecto objetivo, ao autor da lesão, o crime de homicídio, porque o seu ato é causa da morte.

Diz o parágrafo único do art. 11 que “a superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”. Esse preceito é inspirado no Código Penal italiano de 1930, que declara no art. 41, segunda parte: “As causas supervenientes excluem a relação de causalidade, quando tiverem sido, por si sós, suficientes para determinar o acontecimento. Nesse caso, se a ação ou omissão precedentemente praticada constitui, por si só, um crime, aplica-se a pena para este estabelecida”.

As palavras são um tanto diferentes, mas a idéia é a mesma. Fez bem o nosso legislador em imitar tal modelo. Entretanto, se a aproximação desses dois textos serve para esclarecer dúvidas, essa analogia também mostra que o codificador brasileiro não afastou certos perigos que a aplicação da lei italiana já manifestara.

Assim, cabe perguntar em que consistem essas causas que por si sós são suficientes para determinar o acontecimento — segundo a redação do Código italiano [1930] — ou que por si sós produziram o resultado — de acordo com o dispositivo do nosso estatuto. São as causas absolutamente independentes da ação do agente, que não têm nenhuma ligação com o seu ato. A locução — por si só — leva a esse entendimento.

Os penalistas europeus discutem acerca do conceito de independência absoluta, e velho exemplo é o seguinte: alguém sofre uma agressão física. O ato não acarretaria a morte. A vítima é conduzida a tratar-se em um hospital, que se incendia, e a pessoa perece. Não deve responder o autor da agressão por crime de homicídio: a causa é absolutamente independente da sua vontade. Para essa hipótese — diz o Código italiano [1930] e o repete a nossa lei — a causa, sendo por si só suficiente para determinar a morte, impede que o agente seja responsabilizado. Responde apenas pelo crime que praticou, ou seja o de ferimentos.

Mas, raciocinando-se estritamente, é difícil admitir que se esteja, nesse caso, em face de uma causa absolutamente independente: o transporte da vítima para o hospital é ato conseqüente à agressão.

Paralelo ao chamado “exemplo do hospital”, outro tem sido apresentado para pôr em evidência o que seja uma causa de todo independente. Num banquete, certo indivíduo propina, sub-repticiamente, veneno a um conviva, que instantes depois morre, não devido à droga, mas porque sobre ele desaba uma parede... A efetiva causa da morte não tem, aí, ligação alguma com o gesto insidioso, que redundou inócuo.

São, portanto, grandes as dificuldades práticas que o assunto acarreta. É árduo estabelecer-se, com segurança, o conceito da completa, total independência. Para afirmá-la, seria necessário que não houvesse relação alguma entre o fato que veio determinar o resultado mais grave e o ato do agente. Ora, no exemplo do hospital não há a absoluta independência. Entretanto, não é justo que aquele que feriu levemente seja punido por crime de homicídio, só porque um edifício se incendiou.

E por isso se nota propensão a admitir suficiente independência, em tal hipótese.

Dessa forma, invoca-se, em nosso Direito, o parágrafo único do art. 11 para reduzir o rigor do mesmo artigo, *caput*. E é possível que tal parágrafo tenha sido inscrito com o escopo de proporcionar-se abrandamento à rígida teoria da equivalência das condições. Na verdade, porém, esse mencionado adinículo do art. 11 é pouco hábil para tal papel. Bem analisado, confirma, não excetua, a regra contida na cabeça do dispositivo. Do parágrafo decorre, mais uma vez, que será havido como causador material do resultado criminoso aquele que moveu uma condição sem a qual o evento não se produziria.

NÉLSON HUNGRIA, prestigioso co-autor do Código, sustenta que o parágrafo único do art. 11 se satisfaz com uma independência relativa, argumentando que, se assim não fora, o seu texto não passaria de simples e ociosa repetição do mandamento inscrito no *caput* do dispositivo.²⁹

De fato, não se devem lobiçar palavras inúteis na lei. Mas também não devem nela existir contradições. Se o parágrafo não está reforçando e esclarecendo o significado do artigo, estará, então, desdizendo-o, não a título de exceção, mas frontalmente. Condição *relativamente* independente de outra é condição ainda associada a essa outra, *dependente* dela, em parte. Conferir-lhe, de modo exclusivo, eficácia causal, é afirmar que a outra condição não tem o valor de causa — em desacordo com o art. 11, *caput*.

Mas, se cabe discutir a exatidão de tal diretriz doutrinária perante a fria letra da lei, não se pode contestar o seu alcance no plano da conveniência da Justiça para poupá-la a soluções iníquas, em certos casos de chocante desproporção entre a conduta e o resultado.

Quando for estudado, na Parte Especial, o crime de homicídio — e mesmo antes, ao tratar-se da culpabilidade — ver-se-á, detidamente, que o problema do nexo de causalidade objetivo ou material, diverso do referente à causalidade subjetiva, moral ou psíquica, com ele de tal modo se entrelaça na solução das questões práticas, que, apesar da plena causalidade material, pode desaparecer a imputação de crime pela falta de causalidade psíquica (dolo, culpa). Verificaremos ainda como o nosso codificador resolveu acerca da aplicação da pena nos casos em que alguém, sendo causador material do evento morte, atingido sem o propósito de matar, e sim de tão-só ofender a integridade física, moveu, todavia, uma condição de escasso dinamismo, a que se conjugaram elementos causais alheios ao desígnio. Antecipando sucintamente: veja-se o § 3.º do art. 129, consoante o qual, se da lesão corporal, praticada com o dolo de ferir, “resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo”, a pena é a de reclusão, de quatro a doze anos. Tão elevadas sanções se cominam devido à importância do resultado, já que o agente não procede com o intuito de matar. É óbvio que, se se admitir — graças ao influxo de uma condição *relativamente* independente da agressão — a ruptura do nexo de causalidade, mediante a discutível aplicação do parágrafo único do art. 11, muito se abrandará a férrea severidade da cominação penal, porquanto se possibilitará condenar o réu pelo crime de lesões corporais, afastada, por essa forma, a responsabilidade pelo resultado.

De acordo com Francisco de Assis Toledo, que foi membro das Comissões que resultaram na Parte Geral em vigor, a opção do legislador de 1984 no tocante ao nexo de causalidade, tal qual o de 1940, foi pela teoria da equivalência das condições, ou da *condition sine qua non*. Dessa forma, também o Código atual considera, em princípio, que é causa de determinado resultado “a totalidade e cada uma das condições produtoras desse fenômeno, ou, mais especificamente, a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido” (TOLEDO, 2001: 113).

Abraçando a concepção finalista de ação, segundo a qual “toda ação humana é final”, dada a “autonomia ética do ser humano” (REALE JR., 2002: 129), a Comissão buscou utilizar-se do dolo e da culpa para limitar os excessos da concepção naturalista de causa — que, como visto, poderia estender o nexo de causalidade do homicídio até o fabricante da arma. A causalidade naturalista seria meramente um “limite ao problema causal, em direito penal”, e não o “critério único e definitivo” para sua definição (TOLEDO, 2001: 113); esta deve ser avaliada, no caso concreto, em conjunto com a intenção subjetiva do agente. “Em outras palavras, a causalidade relevante para o direito penal é aquela que foi ou pelo menos deveria ter sido visualizada, prevista, antecipada em mente pelo agente” (TOLEDO, 2001: 113). Dessa forma, esclarece o autor que o fabricante da arma não responderia pelo homicídio, se este não lhe fosse previsível, ainda que a venda da arma tenha sido condição indispensável (*conditio sine qua non*) para o cometimento do crime.

Ainda visando lidar melhor com as dificuldades advindas da rígida aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, a Comissão modificou o dispositivo que tratava, no Código de 1940, da superveniência de causa independente: o dispositivo análogo no Código de 1984 abrange também as causas relativamente independentes, estabelecendo que “a superveniência de causa “relativamente” independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado” (art. 13, § 1.º). Essa é, para Reale Jr., a segunda etapa para a determinação da existência de nexo entre causa e resultado, e consiste na “valoração da condição como relevante para o direito” (REALE JR., 2002: 254). Isso quer dizer que ao juiz caberá determinar, analisando todas as causas que contribuíram para o resultado, se a conduta do agente foi intencional ou previsivelmente determinante como causa do fenômeno — hipótese em que sua conduta será considerada causa — ou, ao contrário, se à sua ação somaram-se outras causas que, de forma relativamente independente e não previsível, determinaram a produção do resultado, o que lhe excluiria da imputação penal.

Em suma, e exemplificando, o tratamento jurídico do problema do nexo de causalidade no direito penal brasileiro é o seguinte: o Código Penal de 1984 abraça a teoria da *conditio sine qua non*, ou teoria da equivalência das condições (art. 13, *caput*), mas limitada, em primeiro lugar, pelo elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) e, ainda, pela exclusão da imputação nos casos de superveniência de causa absoluta ou relativamente independente (art. 13, § 1.º). Dessa forma, se “A” dispara contra “B”, mirando em seu peito e com intenção de matá-lo e assim o faz, responderá por homicídio, já que sua conduta foi condição sem a qual o resultado não teria ocorrido (art. 13, *caput*), e foi desempenhada dolosamente. Já o fabricante automotor não responderá pelos crimes de trânsito que, com seus veículos, sejam cometidos, pois, a despeito de serem os carros *conditio sine qua non* para o cometimento dos crimes, falta-lhe o dolo necessário para a imputação. Imaginemos agora que A dispara contra B, mas mirando em seu pé, e B vem a falecer porque é hemofílico: caso essa condição seja desconhecida de A, este não responderá pelo homicídio, pois, evidentemente, não era sua intenção matar B — se o fosse, atiraria em seu tronco ou em sua cabeça, e não no pé. Porém, A responderia por lesões corporais, de acordo com a regra do § 1.º do art. 13. Se, ao contrário, a hemofilia de B fosse do conhecimento de A, este responderia este pelo crime de homicídio, pois, se não intentou matar, ao menos assumiu o risco pela produção do resultado — agiu como dolo eventual, portanto. E, por fim, se A dispara contra o pé de B, e este, ao ser socorrido, é vítima de erro médico que o leva ao óbito, A não responderá pelo crime, pois, ainda que sua conduta seja causa da ida de B ao hospital, a ação superveniente (intervenção médica errônea) é autônoma, de forma que “entre a conduta inicial e o resultado se insere uma causa nova, adequada e idônea a causar o evento danoso” (2002: 256).

Referências

- AGUADO, Paz Mercedes de la Cuesta. *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- BARCELLOS, Caco. *Rota 66: a história da polícia que mata*. São Paulo: Record, 2003.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BORRALLÓ, Enrique Anarte. *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal*. Huelva: Univ. de Huelva, 2002.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

- CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Legalidade e tipo em direito penal. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003.
- FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- FRISCH, Wolfgang; PUPPE, Ingeborg; KINDHÄUSER, Urs; GRÜNWALD, Gerald; PAEFFGEN, Hans Ullrich. *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Civitas, 1996.
- LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1978.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.
- MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MARTÍN, María Ángeles Rueda. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Bosch, 2001.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais*. São Paulo: RT, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- PALAZZO, Francesco Carlo. *Il fatto di reato*. Milano: G. Giappichelli, 2004.
- PIERANGELI, José Henrique. Nexo de causalidade e imputação objetiva. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. v. 4.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago: Conosur, 1994.
- RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del derecho: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.
- _____. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997. v. I.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1979.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *Los límites del tipo penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SÁNCHEZ, Maria Acale. *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares, 2000.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Teoria do tipo penal. In: LEME, Led; SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRAPERO BARREALES, María A. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Granada: Comares, 2000.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2000.

VIDAL, Hélvio Simões. *Causalidade científica no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001.

1 Entre os temas oficiais da 1.^a Conferência Pan-americana de Criminologia, inaugurada no Rio de Janeiro em 8 de julho de 1947, figurou o referente à *Estrutura jurídica do crime*, para o qual trouxeram contribuições os professores SEBASTIÁN SOLER e PABLO MARICONDE (*Anais*, 1.^o vol., págs. 167 e 181). Ver, sobre o conceito e a composição do delito, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La doctrina técnica del delito*, no livro *Problemas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1944, pág. 11, e *Reflexiones preliminares sobre el concepto del delito*, em *El criminalista*, Buenos Aires, 1944, 4.^o vol., pág. 175; SEBASTIÁN SOLER, *Análisis de la figura delictiva*, Buenos Aires, 1943; F. ANTOLISEI, *Lo studio analitico del reato*, em *Problemi penali odierni*, Milão, 1940, pág. 107; RAFAEL FONTECILLA, *El concepto jurídico del delito y sus principales problemas técnicos*, Santiago do Chile, 1940; ALFREDO NICEFORO, *Nozione del delito*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1939, parte 1.^a, coluna 356; G. BATTAGLINI, *Gli elementi del reato nel nuovo Codice Penale*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1934, pág. 1.089; FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Pádua, 1933; LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, Milão, 1954; ROBERTO LYRA, *Crime, no Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 13.^o vol., pág. 277; ANÍBAL BRUNO, *Da ação no conceito do crime*, em *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, Recife, 1954, n.^o 2, pág. 81, e *Conceito do crime*, na mesma revista, 1955, n.^o 5, pág. 7; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Teoria geral do delito*, na Revista

Forense, Rio, 1956, vol. 168, pág. 38; RUBENS SANT'ANNA, *A noção jurídica do delito*, na *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1950, pág. 130; EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Estrutura jurídica do crime*, Recife, 1958; ENRIQUE CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago, 1973; JAMES TUBENCHALAK, *Teoria do crime*, Rio, 1978.

2 Estudos monográficos sobre a antijuridicidade, ou injuricidade, ou ilicitude jurídica: ALFONSO VALLETTA, *L'antigiuridicità penale in relazione allo scopo della norma*, Nápoles, 1951; ALDO MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947; BIAGIO PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Pádua, 1945; SALVATORE MESSINA, *L'antigiuridicità nella teoria del reato*, Spoleto, 1942; E. GONZÁLEZ LOPEZ, *La antijuridicidad*, Madri, 1929.

3 A dissertação de ERNEST VON BELING *Die lehre von Tatbestand* pode ser lida em castelhano, na tradução de SOLER: ver o livro *Esquema de Derecho Penal — La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, 1944 (trata da matéria a derradeira parte). Consultem-se JORGE FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, 1944, pág. 145; E. ALTAVILLA, *Teoria soggettiva del reato*, Nápoles, 1933, pág. 201; G. BETTIOL, *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1932, pág. 525; M. FINZI, *Ernest Beling e la teoria del Tatbestand*, em *La Giustizia Penale*, 1931, coluna 314; SALVATORE MESSINA, *Sull'utilità della nozione di "fattispecie" nel diritto processuale penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1954, pág. 338, e em *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1954, pág. 589. Crítica ferina à concepção de BELING encontra-se em ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milão, 1940, pág. 124. Para esse autor, a "pretensa descoberta belinguiana" não fez mais que confundir e obscurecer a visão dos problemas atinentes à análise do delito.

Ver, ainda, a propósito da tipicidade na conceituação do delito, o citado JORGE FRÍAS CABALLERO, *Tipo y tipicidad en el sistema del Derecho Penal argentino*, na *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1945, pág. 495; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El valor forense de la tipicidad y la interpretación de la ley penal* 11.210, em *El criminalista*, Buenos Aires, 1942, 2.º vol., pág. 27; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Da tipicidade penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1951, vol. 137, pág. 31, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1951, vol. 189, pág. 571, e na revista *Investigações*, São Paulo, 1950, n.º 23, pág. 55; ANÍBAL BRUNO, *Da tipicidade como elemento do conceito de crime*, na *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, Recife, 1954, n.º 1, pág. 7; ROMEU PIRES DE CAMPOS, *Do fato típico no Direito Processual Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1958, vol. 176, pág. 26; RAUL AFFONSO NOGUEIRA CHAVES, *Da tipicidade penal*, Salvador, Bahia, 1958.

4 Essas idéias podem ser apreciadas em pormenor no trabalho de MAURACH, O conceito finalista de ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1966, n.º 14, pág. 21.

5 Evento é o resultado, ou efeito natural da ação, com relevância para o Direito Penal (F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milão, 1928, pág. 94). Nem todo efeito possui relevância penal. Assim, a noção de evento e a mais ampla, de efeito, situam-se em círculos concêntricos. A ação forma com o evento um complexo a que se chama fato. Cfr. ainda E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923, pág. 171. Em torno da natureza do evento como componente do crime, ORFEU CECCHI, *L'evento nel reato*, Milão, 1951; *Esistono reati "senza evento"?*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1939, pág. 8, e *Teoria dell'evento nel reato*, Milão, 1937; A. CAJOTTI, *I cosiddetti reati senza evento*, em *La Giustizia Penale*, 1948, parte 2.ª, pág. 769; D. RENDE, *Esistono reati senza evento?*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1935, pág. 663; F. GRISPIGNI, *L'evento come elemento costitutivo del reato*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1934, pág. 857. Na literatura brasileira, consulte-se EVERARDO DA CUNHA LUNA, *O resultado, no Direito Penal*, Recife, 1959.

6 Sobre a questão, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La clasificación de los delitos por su gravedad*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1949, vol. 56, pág. 862.

7 Palavras de BERNARD PERREAU: "Correctionnaliser, c'est, dans la langue du Palais, fausser volontairement la qualification d'une infraction, en vue de la soumettre aux juges correctionnels au lieu de la déférer à la Cour d'assises, dont elle relève légalement. C'est, en d'autres termes, transformer au point de vue de la poursuite un crime en simple délit, un infanticide par exemple en homicide par imprudence, une tentative de meurtre en coups et blessures, un attentat à la pudeur en outrage public aux mœurs" (*À propos d'une pratique judiciaire illégale — la "correctionnalisation"*, na *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1930, 5.º vol., pág. 441). Ver, ainda, SIMON SASSERATH, *L'abus des correctionnalisations par l'application systématique des circonstances atténuantes*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1937,

- 8 Para o conhecimento das variadas teorias que buscam fixar a diferença entre crime e contravenção, leia-se G. SABATINI, *Delle contravvenzioni in particolare*, Milão, 1937, pág. 55. Consultem-se, ainda, o estudo de ASÚA, *Las contravenciones o faltas*, in *La Ley*, Buenos Aires, 1949, vol. 56, pág. 959, e G. C. ANGELONI, *La contravvenzione*, Milão, 1954.
- 9 Ou preterintenção. Esses vocábulos acham-se consagrados por antigo uso. Em nosso meio, por influência de NÉLSON HUNGRIA e pelo fundamento de que o dolo não se limita à intenção, passou-se a dizer, também, preterdolo e, correlatamente, crime preterdoloso (v. *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1949, 1.º vol., pág. 308).
- 10 Bibliografia acerca do complexo problema dos crimes omissivos: ALBERTO DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milão, 1950; GIOTTO BONINI, *L'omissione nel reato*, Milão, 1947; ERNESTO J. URE, *La omisión en Derecho Penal*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1944, vol. 34, pág. 1.099; ALFONSO TESAURO, *L'omissione nella teoria del reato*, na coletânea *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Nápoles, 1938, pág. 469; LEONE ZEPPIERI, *L'omissione causale*, Roma, 1938, e *L'omissione come evento*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1936, pág. 101; ENRICO ALTAVILLA, *Inerzia ed omissione nel processo causale*, na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1936, vol. 32, pág. 481; EDUARDO MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Nápoles, 1934, pág. 37; F. GRISPIGNI, *L'omissione nel Diritto Penale*, em *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1934, pág. 592; FRANCESCO CARNELUTTI, *Illiceità penale della omissione*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1933, pág. 1; ISAÍAS S. SÁNCHEZ TEJERINA, *Teoria de los delitos de omisión*, Madri, 1918; MARIO SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milão, 1957; JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *Crimes comissivos por omissão*, na coletânea *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Néelson Hungria*, Rio, 1962, pág. 249.

Para indicações da literatura alemã, ver E. MEZGER, trad. esp. do *Tratado*, Madri, 1946, 1.º vol., pág. 280.

- 11 V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, Turim, 1933, 1.º vol., pág. 556. Esse ponto de vista foi acolhido, com algumas variantes, por DE MARSICO (*Lezioni*, 1936, pág. 103). FLORIAN (*Trattato*, parte geral, 1934, 1.º vol., pág. 590) critica a sutileza, pois lhe parece evidente que na posse se consubstancia uma ação. Minucioso relato do problema encontra-se na monografia de GIROLAMO BELLAVISTA, *I reati senza azione*, Nápoles, 1937, o qual aceita a pretendida categoria, a que dá o nome de delitos de posição. Leia-se, ainda, ALFONSO TESAURO, *Sui reati cosiddetti di mero sospetto*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1932, parte 1.ª, pág. 548.

Em nossa literatura, v. sobre o problema a monografia de BENJAMIN MORAES FILHO, *Dos crimes sem ação*, Rio, 1941. Seriam, diz, os delitos assinalados por um simples estado, donde chamar-lhes comissivos por estatismo, como, por exemplo, o de *ter em depósito* substância destinada à falsificação de produto alimentício ou medicinal (art. 277 do Código Penal), ou o de *trazer consigo*, etc. (art. 281) substância entorpecente.

- 12 Observa ANTOLISEI (*Manuale di Diritto Penale*, parte geral, Milão, 1947, pág. 141) que a distinção em apreço visa infrações consideradas em concreto, e não em abstrato. A mesma infração pode realizar-se com um só ato, bem como através de vários atos. Assim, a injúria apresenta-se, em regra, como crime unissubsistente quando é cometida verbalmente, e plurissubsistente quando é cometida mediante escritos, já que em tal hipótese a atividade é suscetível de fracionamento, o que tem importância especialmente a propósito da configurabilidade da tentativa.

- 13 Leia-se o excelente estudo de ANTOLISEI, a propósito do conceito do perigo, em *L'azione e l'evento nel reato*, Milão, 1928, pág. 177 e segs. Em nossa literatura, DEMOSTHENES MADUREIRA DE PINHO, *O valor do perigo no Direito Penal*, Rio, 1939, pág. 63.

- 14 Escreve ASÚA: “Para nós, não existe delito sem resultado. A velha categoria de delitos formais era falsa. O que acontece em certas infrações é que a manifestação de vontade e o resultado aparecem contemporaneamente e com aspectos inseparáveis. Assim, BELING diz: se se proíbe, mediante pena, a passagem por uma ponte, a manifestação de vontade, que consiste no trânsito através dela, e o resultado de passar, são dois momentos coetâneos unidos inseparavelmente, mas o resultado existe”, MAYER ajunta: “Apesar da coincidência temporal da manifestação de vontade e do resultado nos delitos de simples atividade, a unidade temporal não deve enganar-nos a respeito da dualidade lógica” (*La ley y el delito*, Caracas, 1945, págs. 265/6). Chegando à mesma conclusão anteriormente exposta, ASÚA estuda largamente o tema no seu tratado, tomo III, pág. 453 da 2.ª edição, onde examina a variada nomenclatura “delitos com resultado e delitos de mera conduta”, “delitos de simples atividade e delitos de resultado”. Salienta que alguns autores identificam e outros distinguem as categorias “delitos formais” e “delitos de mera conduta”. Sobre a natureza do crime formal: ORFEO CECCHI,

Il reato formale, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1933, pág. 245; HÉLIO BASTOS TORRAGHI, *A questão do crime formal*, Rio, 1944.

- 15 MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Crimes de mera conduta*, São Paulo, 1959. Confrontem-se especialmente as págs. 116 e 126/7.
- 16 A respeito, ALBERTO DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milão, 1950; E. BATTAGLINI, *Osservazioni in tema di reato permanente*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1949, parte 2.ª, pág. 148; ARMANDO LEONE, *Caratteri ed effetti del reato permanente*, in *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1935, pág. 56; GIOVANNI LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Nápoles, 1933. Na literatura penal brasileira, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Crime permanente*, na revista *Justitia*, São Paulo, 1965, vol. 51, pág. 87.
- 17 Assim, e a despeito de algumas opiniões em contrário, a bigamia é delito instantâneo: delito instantâneo de efeitos permanentes. Leia-se, a propósito, STEFANO RICCIO, *La bigamia*, 1934, pág. 233, com extensa indicação bibliográfica acerca do problema.
- 18 Ver a monografia de SILVIO RANIERI, *Il reato complesso*, Milão, 1940. Também escreve sobre essa categoria criminal RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, *Apontamentos sobre o crime complexo*, na revista *Ciência Penal*, São Paulo, 1973, vol. 1.º, pág. 55.
- 19 Disserta sobre essa modalidade de infração SILVIO RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milão, 1942. Consulte-se E. MAGALHÃES NORONHA, *Crime progressivo e concurso aparente de normas*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1963, vol. 327, pág. 7 e na *Revista Forense*, Rio, 1965, vol. 210, pág. 39.
- 20 O tema da criminalidade política tem suscitado larga produção bibliográfica. Aqui citamos alguns dos livros e artigos: JUAN B. CARBALLA, *Delitos contra la patria*, Montevideu, 1951; JORGE EDUARDO COLL, *Concepto actual del delito político*, nos *Anais da 1.ª Conferência Pan-americana de Criminologia*, Rio, 1.º vol., 1948; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Clínica y derecho del delito político*, no livro *Problemas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1944, pág. 157; JUAN LACEIRAS, *Los delitos políticos — el delincuente político*, em *Criminalia*, México, 1942-43, pág. 569; G. PAOLI, *Il delitto politico*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1942, parte 1.ª, pág. 354, e *Il delitto politico sociale secondo la concezione positivista*, na mesma revista, Milão, 1924, parte 1.ª, pág. 354; NOÉ DE LA FLOR CASANOVA, *Delinquentes políticos y políticos delinquentes*, México, 1940; S. RICCIO, *Il delitto politico*, em *Studi in memoria di Massari*, Nápoles, 1938, pág. 211; EUSÉBIO GÓMEZ, *Delincuencia político-social*, Buenos Aires, 1933; REMO PANNAIN, *Il delitto politico*, na *Rivista di Diritto Penale*, Pádua, 1933, pág. 715; GIUSEPPE CHICCA, *Il concetto classico del reato politico*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1927, parte 1.ª, pág. 417; ALFREDO DE MARSICO, *I delitti contro lo Stato nella evoluzione del Diritto Pubblico*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1927, parte 1.ª, pág. 97; GABRIEL NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato* na Enciclopédia de PESSINA, Milão, 1909, 6.º vol.; LOUIS PROAL, *La criminalité politique*, Paris, 1895; C. LOMBROSO e R. LASCHI, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, Turim, 1890; F. FABREGUETTES, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, Paris, 1901; PIERRE A. PAPATOS, *Le délit politique*, Genebra, 1955; PAULO CARNEIRO MAIA, *Delito político*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1952, vol. 202, pág. 3, e na *Revista Forense*, Rio, 1953, vol. 146, pág. 509; ABÍLIO DE CARVALHO, *Crimes políticos e comuns*, no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1947, vol. 83, pág. 25; EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES, *Crime político*, Curitiba, 1944; RAUL MACHADO, *Delitos contra a ordem pública e social*, São Paulo, 1944; CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Crime político e crime coletivo*, na *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, Rio, 1942, vol. 140, pág. 3; LAURO NOGUEIRA, *Do crime político*, Ceará, 1935; NÉLSON HUNGRIA, *A repressão dos delitos políticos*, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1934, 5.º vol., pág. 109, e *A criminalidade política no direito brasileiro*, na *Revista Forense*, Rio, 1960, vol. 168, pág. 7; NARCÉLIO DE QUEIROZ, *Algumas notas sobre o crime político*, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1933, 1.º vol., pág. 117; CÂNDIDO MOTTA, *O crime político*, na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1930, vol. 26, pág. 19; ALFREDO BALTHAZAR DA SILVEIRA, *Pequenas observações sobre o crime político* no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1953, vol. 107, pág. 27 do suplemento; RUY CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA, *Delitos políticos*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1968, vol. 393, pág. 20.
- 21 Acerca da conceituação desse gênero de infrações, levando em conta o Direito anterior, HOMERO PRATES, *Crime militar*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. de CARVALHO SANTOS, Rio, 14.º vol., pág. 4. Perante o vigente Código, HENNY GOULART, *Crime Militar*, na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1973, vol. 68, 1.º fasc., pág. 311. Analisou o novo estatuto o Prof. RAMAGEM BADARÓ,

- 22 Ver: EMILIO ONDEI, *Il soggetto attivo del reato*, Pádua, 1948; DEL VECCHIO, *Il soggetto attivo del reato*, Milão, 1930.
- 23 A possibilidade jurídica da prática de crimes pelas coletividades organizadas foi engenhosamente estudada, com conclusão favorável, pouco depois da primeira conflagração mundial, por ALFREDO DE MARSICO, numa das suas notáveis aulas inaugurais: *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, na coletânea *Studi di Diritto Penale*, Nápoles, 1930, pág. 65.
- 24 Propondo, pela delegação chilena ao 1.º Congresso Latino-americano de Criminologia, reunido em Buenos Aires em 1938, a inserção, nas legislações, de textos destinados a prever a responsabilidade das pessoas jurídicas, PEDRO SILVA FERNANDES, *La respansabilidad penal de las personas jurídicas*, em *Archivos de Medicina Legal e Identificação*, Rio, 1939, pág. 67; também na *Revista de Derecho, Jurisprudência y Ciencias Sociales*, Santiago do Chile, 1938, vol. 35, pág. 49, e na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1938, vol. 23, pág. 55. Acerca da matéria: LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, em *El criminalista*, 8.º vol, pág. 149, e *La responsabilidad de las personas jurídicas en las legislaciones positivas*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1947, vol. 48, pág. 1.106; ROBERT VALEUR, *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américains*, Paris, 1931; G. BATTAGLINI, *Responsabilità penale delle persone giuridiche?*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1930, pág. 661; A. MESTRE, *Las personas morales y su responsabilidad penal*, trad. esp. de CÉSAR CAMARGO MARÍN, com um estudo preliminar de QUINTILIANO SALDAÑA; AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, Rio, 1930.
- 25 A influência da vítima no surgimento de determinadas condutas criminosas tem sido objeto de profusa literatura jurídico-criminológica, na qual se controverte sobre a pretensa autonomia científica da chamada vitimologia. Como lembra PAUL CORNIL no artigo *Contribution da la "victimologie" aux sciences criminologiques*, publicado na Europa e, em francês, na *Revista da Faculdade de Direito*, da Universidade do Paraná, coube a B. MENDELSSOHN, em 1956, "atrair violentamente a atenção" para esse assunto, com um artigo divulgado em inglês e francês. Já que a bibliografia acerca do tema se tornou muito abundante, limitar-nos-emos a indicar alguns trabalhos publicados no Brasil. Além do de PAUL CORNIL, existe o livro de EDGARD DE MOURA BITTENCOURT denominado *Vítima*, com subtítulos que falam da "dupla penal delinqüente-vítima", da participação da vítima no crime e da contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina. ASÚA trata do assunto na revista *Justitia*, São Paulo, 1965, vols. 51 e 52, págs. 65 e 127 respectivamente. De ARMIDA BERGAMINI MIOTTO é o trabalho *Considerações a respeito da denominada vitimologia*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1964, n.º 4, pág. 127. Ainda, LAÉRCIO PELLEGRINO, *Vitimologia*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1974, vol. 459, pág. 283, e na *Revista de Direito Penal*, São Paulo, 1973, vol. 9/10, pág. 55. O mesmo volume dessa revista, pág. 62, traz interessantes informes sobre o I Simpósio Internacional de Vitimologia realizado em Jerusalém em 1973.
- 26 A respeito dessas figuras delituosas no Direito comparado, existe a monografia de EDMOND BOCQUET, *La protection pénale des animaux dans les législations française et étrangères*, Bordéus, 1934. É dedicada, numa frase comovedora, "a todos aqueles que, não temendo os sarcasmos dos tolos, lutam por tornar menos cruel a sorte do animal".
- 27 A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Turim, 1913, págs. 10 e 11.
- 28 Indicações bibliográficas: GIOVANNI MUSOTTO, *Il problema del rapporto di causalità nel Diritto Penale*, na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, 2.º vol., pág. 235; MASSIMO PUNZO, *Il problema della causalità materiale*, Pádua, 1951; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La relación de causalidad y la responsabilidad criminal*, em *El criminalista*, Buenos Aires, 1944, 4.º vol., pág. 107; ABRAHAN DRAPKIN, *Relación de causalidad y delito*, Santiago do Chile, 1943; SEBASTIÁN SOLER, *Acción de causalidad*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1941, vol. 22, pág. 4; CARLO SALTELLI, *Il rapporto di causalità materiale nel reato*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1939, pág. 372; DOMENICO MILILLO, *Il rapporto di causalità*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1937, parte 1.ª, pág. 246, e *L'occasione nel rapporto di causalità*, no mesmo volume, parte 2.ª, pág. 204; EMILIO ONDEI, *Considerazioni sul problema della causalità nel reato*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1936, pág. 1.087; SILVIO RANIERI, *La causalità nel Diritto Penale*, Milão, 1936; VINCENZO CAVALLLO, *Il principio di causalità nel Codice Penale*, Nápoles, 1936; FILIPPO GRISPIGNI, *Il nesso causale nel Diritto Penale*, em *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1935, pág. 3; GIUSEPPE GUARNERI, *In difesa della causalità adeguata*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1935, pág. 609; e *Causalità dell'omissione*, em

Annali di Diritto e Procedura Penale, Turim, 1934, pág. 1.005; E. BATTAGLINI, *Condizione ed occasione nel rapporto di causalità materiale del reato*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1934, parte 2.ª, coluna 631; F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel Diritto Penale*, Pádua, 1934; OTTORINO VANNINI, *Ancora sul problema della causalità* em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1934, pág. 1.321; GIUSEPPE MONTALBANO, *Il rapporto di concausalità materiale nel Codice Penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1933, parte 1.ª, pág. 120; ARRIGO BERNAU, *Causalità adeguata?*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1932, parte 1.ª, pág. 112; EUGENIO FLORIAN, *Causalità e pericolosità*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1924, parte 1.ª, pág. 304; GIAMPIERO AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità nel Diritto Penale*, Milão, 1954; GIULIO BATTAGLINI, *L'interruzione del nesso causale*, Milão, 1954; PASQUALE CURATOLA, *Del nesso oggettivo di causalità nel Diritto Penale*, Milão, 1955.

Para indicações da literatura alemã, torrencial no estudo do problema, ver E. MEZGER, trad. esp. do *Tratado*, Madri, 1946, 1.º vol., pág. 219.

Ainda: GALDINO SIQUEIRA, *A causalidade no Direito Penal*, na *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, Rio, 1942, vol. 140, pág. 419; NÉLSON HUNGRIA, *As concausas e a causalidade por omissão perante o novo Código Penal*, na *Revista Forense*, 1942, vol. 89, pág. 851; BASILEU GARCIA, *Causalidade material e psíquica*, em *O novo Código Penal*, São Paulo, 1942, 1.º vol., pág. 69; A. J. DA COSTA E SILVA, *O problema da causalidade*, aditamento à obra *Código Penal*, 2.º vol., São Paulo, 1938, pág. 449. Mais recentemente: PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Do nexo causal*, São Paulo, 1964; ADRIANO MARREY, *Causalidade material e causalidade subjetiva*, na revista *Justitia*, São Paulo, 1968, vol. 60, pág. 51; MÁRIO HOEPFNER DUTRA, *Relação de causalidade*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1969, vol. 407, pág. 26; EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Causalidade e responsabilidade objetiva no Código Penal de 1969*, na revista *Justitia*, São Paulo, 1972, vol. 77, pág. 35, e *A causalidade na omissão, no anteprojeto de Código Penal* na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1964, n.º 6, pág. 39.

29 NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1949, 1.º vol., pág. 240. Ver também 5.º vol., 1942, págs. 289 e 324.

União Européia e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas¹

Sérgio Salomão Shecaira²

1. Globalização e o direito penal

Muitos autores têm comentado as recentes mudanças no âmbito do direito penal; na realidade, a sociedade atual passa por um processo criativo extremamente acelerado a que muitos chamaram de pós-modernidade. Se a modernidade tem como tônica a industrialização, a divisão social do trabalho, a distinção do proletariado como classe que se constitui em motor da história e o nascimento epistemológico da individualidade, a sociedade pós-moderna passa por uma forma transnacional de produção, pela acentuação da concorrência no âmbito do mercado de trabalho, pela existência de um processo comunicativo global, pelo surgimento de modos transnacionais de vida, processos

econômicos percebidos como globais, destruição ambiental que transcende as fronteiras territoriais de países e continentes, crises e guerras vivenciadas por todos os povos.

A esse processo, que reflete o momento vivido por todos os povos de diferentes nações, convencionou-se denominar *globalização*. Esta tem por significado “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais”.³ Não é só a vida e a ação cotidianas que ultrapassam as fronteiras do Estado nacional com o auxílio de redes de comunicação interativas e interdependentes; também é nova a consciência dessa transnacionalidade (na mídia, no consumo, no turismo); é nova a consciência global dos riscos ecológicos; também são novidades o nascimento de um novo modelo global (mas principalmente europeu) de Estado, a quantidade e o poderio de atores, instituições e acordos transnacionais. Há, pois, uma acentuada mudança no direito internacional, com parciais reflexos no direito penal, como é exemplo máximo a criação do Tribunal Penal Internacional, tudo como decorrência desse processo globalizante.

É no direito penal do meio ambiente, como bem observa Gracia Martin, o setor em que mais se desenvolvem as mudanças, “de modo preferente e especialmente intenso a polêmica atual sobre a modernização do Direito Penal”.⁴ No entanto, não obstante todas as diversas e grandiosas modificações pelas quais passa o direito como um todo,⁵ o direito penal tem sido uma espécie de instância refratária às modificações. É que o direito penal constitui uma das expressões mais fortes da soberania do Estado-nação, não sendo de surpreender que até agora não tenham ocorrido as condições que permitam um direito penal (supranacional) europeu, diferentemente do que, ao contrário, ocorreu com outros âmbitos jurídicos nos quais as manifestações de soberania são, sem dúvida, mais frágeis que no direito penal.⁶

As últimas décadas do século XX viram um processo acelerado de internacionalização do direito penal, quase sem precedentes. A evolução do direito interno foi marcada, em grande medida, por um acelerado processo de constituição de tratados e convênios ratificados por Estados soberanos que aderem à proteção de valores universalmente relevantes.⁷ Assim, pode-se afirmar que a primeira fase de internacionalização do direito penal repousa sobre o consenso da comunidade internacional relativo à necessidade de não deixar impunes certos delitos que afetam os direitos humanos, o normal funcionamento das instituições democráticas e o meio ambiente.⁸

A União Européia, por seu turno, está em fase mais avançada dessa internacionalização, por constituir uma organização jurídica que pretende vir a ser um “Estados Unidos da Europa”. A Constituição poderá ser comum, como o serão as normas comunitárias. Ainda que esse processo passe por muitos percalços e resistências tópicas, muitos avanços constitutivos já foram feitos. E a forma de deitar sua influência sobre o Direito Penal dos países comunitários é o princípio da assimilação. Segundo este, há a supremacia do direito comunitário sobre o direito interno dos países-membros, obrigando-os a proteger os bens jurídicos comunitários de forma semelhante à que tutelam seus próprios interesses.

A hierarquia das normas aponta para o Tratado de Constituição Européia (TCE), as “Normativas” — com caráter cogente — e as “Diretivas”, vistas como uma recomendação a ser seguida. Assim, o processo de harmonização pode se dar não só por recomendações (Diretivas) como por Tratados, uma vez que as “Normativas”, até meados de 2005, ainda não haviam sido utilizadas no âmbito do direito penal. Explica-se facilmente tal fenômeno

por algo já mencionado. O direito penal é uma das mais fortes manifestações de soberania de um Estado. Abrir mão de seu próprio direito penal é abrir mão de sua própria soberania. Nesse contexto, o processo de estruturação do direito comunitário europeu observa uma regra: além de ter eficácia direta, está dotado de primazia em relação aos ordenamentos internos. Isso significa que o juiz interno não pode aplicar uma norma jurídica nacional que resulte contrária ao disposto na norma comunitária.⁹

2. O meio ambiente e o princípio *societas delinquere non potest*

Na esfera do direito ambiental, a União Européia já aprovou duas normas para disciplinar as relações entre o homem e o meio ambiente. Em 27 de janeiro de 2003, foi aprovada a Diretiva de n.º 80, relativa à proteção do meio ambiente por meio do direito penal. Dois anos depois, mais exatamente em 12 de julho de 2005, o Conselho da Europa aprova a Normativa n.º 667/2005 “destinada a reforçar o marco penal para proteção ambiental da contaminação procedente de navios”. Em ambas, há a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Na primeira, com conteúdo de mera recomendação aos países-membros; na segunda, com força cogente. Assim, nas palavras de Vercher Noguera, analisando o direito de seu país, já quando da diretiva de 2003:

quaisquer que sejam as características e peculiaridades do sistema espanhol, o certo é que a Decisão Marco é taxativa e que, gostem ou não gostem os setores da doutrina em conflito, a incorporação da Decisão Marco deverá levar-se a cabo em toda a sua essência e conteúdo. Se não for assim, o Estado Espanhol se arrisca a ter que suportar um procedimento, administrativo primeiro, judicial depois, que acaba desembocando em uma sentença de condenação contra o nosso país, como já ocorreu em tantas ocasiões.¹⁰

Agora, com a normativa de 2005, nos exatos termos dos dispositivos transcritos a seguir, há uma recomendação aos países-membros, sob pena de sanções administrativas e jurídicas, para que adotem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, tornando ainda mais enfática a determinação para que os países da União Européia adotem a responsabilidade das corporações:

Art. 5.º Cada Estado Membro adotará as medidas necessárias para garantir que as pessoas jurídicas possam ser consideradas responsáveis pelas infrações, a que se referem os artigos 2 e 3, que cometa em seu proveito qualquer pessoa, atuando a título individual ou como parte de um órgão da pessoa jurídica, que ostente um cargo de direção no seio da dita pessoa jurídica.

E o artigo 6.º estabelece que: “Cada Estado Membro adotará as medidas necessárias

para garantir que a pessoa jurídica seja declarada responsável, nos termos no artigo 5.º e que lhe sejam impostas sanções efetivas, proporcionais e dissuasórias”.

Chega-se, pois, a uma nova fase da internacionalização do direito penal. Os países da União Européia terão, inevitavelmente, a necessidade de adequar suas respectivas legislações a um processo de proteção ambiental que tem características claras do mundo globalizado. Abre-se um grande flanco para discussões futuras sobre esse processo, mas, desde logo, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas terá, enquanto instituto jurídico, um grande incremento de suas discussões. Tal fato é de grande importância, porquanto os tribunais superiores do Brasil já passaram a admitir, em alguns julgados, a adoção da responsabilidade corporativa.¹¹

A nova razão que permitirá acentuar a polêmica entre aqueles que são refratários e os favoráveis à modificação do velho princípio *societas delinquere non potest* nos lembra a polêmica entre o reitor da Universidade de Salamanca, Miguel de Unamuno, um dos mais prestigiados pensadores espanhóis a assistirem à ascensão do Franquismo, e o General Millán Astray. Este, ao bradar “abaixo a inteligência, viva a morte”, em plena Universidade de Salamanca, encontra como resposta a firme decisão do humanista, que afirma: “Este é o templo da inteligência. E eu sou o sacerdote mais alto. Sois vós que profanais este sagrado recinto. Ganhareis, porque possuíis mais do que a força bruta necessária. Mas não convencereis”. Cunha, então, sua famosa frase: “Vencereis, mas não convencereis!”. A Espanha esperou mais de quarenta anos para ver florescer a Democracia, mas convenceu-se da importância dos valores democráticos.

A mudança da perspectiva doutrinária sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é, somente, uma mudança dogmática “por que sim, ou por que queremos”. É, antes de tudo, uma questão de convencimento.

Referências

- BECK, Ulrich. *O que é globalização*: equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 236-239, abr./jun. 1998.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo et al. *Curso de derecho penal* — Parte general. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004. p. 93.
- MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- VERCHER Noguera, Antonio. *La reforma introducida por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en la materia penal ambiental o la exigencia de un reajuste inevitable*. In: XVIII Cursos de PostGrado en Derecho, Universidad de Salamanca, 2006. p. 24.

¹ Artigo originalmente publicado no *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 13, n. 160, p. 2-3, mar. 2006.

² Professor titular de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

- 3 BECK, Ulrich. *O que é globalização*: equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.
- 4 MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 60.
- 5 Para uma exata dimensão das transformações do direito, veja: FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 236-239, abr./jun. 1998.
- 6 MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*, p. 81.
- 7 Alguns tratados recentes envolvem temas como tráfico de drogas, corrupção, crime organizado, lavagem de dinheiro, proteção ambiental, criminalidade por meio de computadores, tráfico ilegal de pessoas etc.
- 8 GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo et al. *Curso de derecho penal* — Parte general. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004. p. 93.
- 9 GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo et al. *Curso de derecho penal* — Parte general, p. 94.
- 10 VERCHER Noguera, Antonio. *La reforma introducida por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en la materia penal ambiental o la exigencia de un reajuste inevitable*. In: XVIII Cursos de PostGrado en Derecho, Universidad de Salamanca, 2006. p. 24.
- 11 Veja, por exemplo, o RESP. 564960-SC, j. 02/06/2005, DJ 13/06/2005, p. 331, Relator Min. Gilson Dipp.

A definição da conduta típica: entre a superação da causalidade e a construção de teorias normativas para a imputação objetiva¹

Marta Rodriguez de Assis Machado²

A discussão que resumiremos aqui trata da construção do juízo de tipicidade sobre um fato, mas se refere apenas a uma parte desse processo. Nosso objeto de preocupação circunscreve-se às decisões envolvidas no exame dos aspectos externos da conduta requerida pelo tipo e pela verificação da realização do fato jurídico penalmente relevante. Embora essa possa ser considerada uma divisão artificial, que existe apenas para fins didáticos (MIR PUIG, 2004: 240; JAKOBS, 1997: 224), não entrará em nossa análise a discussão sobre o tipo subjetivo,³ tampouco como e em que medida aspectos subjetivos da conduta, devem ser considerados pelo direito penal. O resultado das decisões que analisaremos não é capaz de produzir uma imputação completa. Pode-se dizer que esse é apenas o primeiro recorte do âmbito de responsabilidade jurídico-penal, havendo, após isso, um longo caminho em que outras considerações deverão ser feitas — como as

relativas ao tipo subjetivo, à antijuridicidade da conduta, à existência ou não de causas de justificação, de erro, à responsabilidade do autor etc. (abordadas nos demais capítulos destas *Instituições*) — até se alcançar um juízo final de imputação de responsabilidade penal de um sujeito por um fato.

Nossa pergunta é, então, a seguinte: que características deve ter um comportamento para ser considerado típico, e que relação deve haver entre sujeito e resultado para que este lhe possa ser imputado como ação sua? Em outras palavras, o que é preciso para considerar que alguém causou, com a sua conduta, a morte de uma pessoa? Ou, para retomar os problemas clássicos da dogmática penal, é possível atribuir a uma pessoa a morte de outra que, após ter sido esfaqueada pela primeira, morre a caminho do hospital em um acidente automobilístico envolvendo a ambulância? A morte de uma pessoa com um disparo de arma de fogo pode também ser atribuída ao fabricante de armas como obra sua?

Veremos que, para responder a essas questões, ou seja, para considerar um fato realizador da parte objetiva de um tipo penal, é necessária, além do “encaixe” da conduta na descrição literal do tipo (matar alguém) e da verificação do resultado nos delitos de resultado (morte), a presença de outros requisitos que integrarão a relação de imputação.

Esses requisitos estiveram, por muito tempo, reduzidos à relação de causalidade. Isto é, a idéia de realização do tipo objetivo esteve ligada e limitada à discussão sobre a existência ou não do nexo causal.

A consequência disso para o sistema clássico de Liszt e Beling⁴ foi a total fundamentação do tipo sobre o conceito causal: o tipo estava completamente realizado quando alguém colocara em marcha uma condição para o resultado típico, no sentido da teoria da equivalência. Segundo essa teoria, há causalidade sempre que a ação não pode ser suprimida mentalmente sem que o resultado desapareça. Incluem-se aí todas as circunstâncias de que depende o fato e que resistem ao processo hipotético da *conditio sine qua non*. Dessa forma, são consideradas condições para o resultado, para usar os exemplos já mencionados, a ação do sujeito que esfaqueou o outro e o fez entrar na ambulância que se acidentou, bem como a do fabricante ou do comerciante da arma utilizada. A amplitude de um conceito de tipo como esse é tão gritante que, raciocinando em termos de condições, podemos chegar a incluir nele até a conduta dos progenitores do autor por sua concepção. Essas condutas seriam todas típicas, e as restrições à imputação nesse sistema deveriam ser obtidas em outros âmbitos (na antijuridicidade e na culpabilidade),⁵ nem sempre de modo satisfatório.⁶

As primeiras tentativas de superar o problema da abrangência do tipo assim construído deram-se por meio do questionamento do conceito de causa fornecido pela teoria da equivalência. A ela se contrapôs, por exemplo, a teoria da adequação,⁷ segundo a qual uma causa só é juridicamente relevante se não é improvável. Isto é, se possui uma tendência geral a provocar o resultado típico, de modo que as condições que apenas por acaso desencadearam o resultado são juridicamente irrelevantes.⁸ A causa adequada é a que se mostra provável de acarretar o resultado. E esse juízo de probabilidade dependerá das circunstâncias conhecidas ou reconhecíveis por um homem prudente no momento da ação e também as conhecidas ou reconhecíveis pelo autor concreto.⁹ Enunciada inicialmente como uma outra teoria das causas,¹⁰ a idéia de condição adequada é hoje compreendida não como uma substituta da teoria da equivalência, mas como um primeiro esforço de limitar normativamente a causalidade, ainda que seu êxito nesse intento tenha sido limitado.¹¹

O movimento de limitação do alcance do tipo deu-se de maneira mais significativa

com a crítica ao próprio conceito de tipo do sistema clássico. Por parte dos neokantianos, combateu-se a idéia de neutralidade valorativa do tipo: ele não deve ser compreendido como uma descrição externa e neutra dos fatos, mas já traz o juízo de desvalor sobre eles, reflete o injusto (ainda que provisoriamente). Embora essas idéias não tenham conseguido superar o dogma causal, produziram algumas tentativas interessantes de redução do tipo, como a teoria da relevância, de Mezger, que alude à existência de um nexo de responsabilidade, separado do nexo causal, em que tem lugar a determinação da relevância “jurídica” das relações materiais.¹²

Por sua vez, um finalista como Welzel, que iniciou sua luta contra o conceito causal de tipo a partir das suas formulações sobre a adequação social do tipo,¹³ logo mudou o eixo da sua argumentação. A adequação social de Welzel, que remetia a um conteúdo normativo do tipo e o colocava em relação com seu sentido social, foi formulada inicialmente como causa de exclusão do tipo, por isso é hoje considerada um dos antecedentes da atual teoria da imputação objetiva¹⁴ (cf. CANCIO MELIÁ, 1998: 75-79). Entretanto, Welzel logo a deslocou do tipo e a incluiu entre as causas de justificação, prosseguindo, então, o seu intento de limitação da imputação ao tipo não mais com base no sentido social da ação, mas apoiado nas “leis objetivas da estrutura do ser”.¹⁵ Ele deriva dessas leis o conceito de ação final, ou seja, a definição ontológica de ação como direção de um processo causal externo pela vontade tendo em vista uma finalidade.

Com isso, não é mais possível descrever o tipo simplesmente como processo causal sem considerar essa vontade final. Devem ser, portanto, afastadas das preocupações do direito penal, ainda no âmbito da tipicidade, as ações que guardam uma relação meramente causal com o resultado, despidas do elemento de finalidade (como a do fabricante de armas).

Note-se que, tanto nas teorias causais alternativas como nos neokantianos (e também na formulação inicial da adequação social), a idéia de limitação do alcance do tipo era discutida no âmbito da tipicidade objetiva.¹⁶ As coisas se dão de modo distinto no finalismo. Aqui, o tipo objetivo continua sendo o mesmo da teoria clássica: sem expressar valores e dependente da mesma relação de causalidade tal como exposta. A novidade é que, no âmbito do tipo subjetivo, introduz-se como fator de limitação da tipicidade a categoria da finalidade, de dolo típico.¹⁷

Entretanto, a idéia de finalidade também apresentou insuficiências como critério de imputação. Por exemplo, a teoria finalista nunca conseguiu explicar de modo convincente como fatos imprudentes podem ser considerados ações típicas, embora a vontade do sujeito nesses casos não esteja dirigida à realização do resultado. Tampouco a omissão é explicada pelo conceito de ação final, pois o omitente não conduz um curso causal tendo em vista um fim; ele simplesmente não toma parte em um processo causal que existe independente dele (cf. ROXIN, 1989: 750 e ESCAMILLA, 1992: 27-29).

São também ruins as explicações finalistas aos casos de cursos causais não usuais. São especialmente criticadas as respostas dadas por Welzel às seguintes hipóteses famosas, sempre levantadas nos manuais: (i) a do sobrinho que envia o tio ao bosque, enquanto se aproximava uma tormenta, na esperança de que o tio fosse carbonizado por um raio, o que vem a acontecer; e (ii) a daquele que, com a intenção de matar, fere o outro, que vem a falecer no caminho do hospital em razão de um acidente automobilístico envolvendo a ambulância.

Nesses casos, Welzel chega à conclusão de que tais condutas são atípicas, reconhecendo que se consumou o tipo objetivo, mas indicando a ausência de dolo (no primeiro, haveria apenas o desejo e não a vontade de realização; e, no segundo, a vontade

não teria abarcado os detalhes essenciais do curso causal) (WELZEL, 1969: 66). Não teremos tempo de analisar a fundo a solução dada a esses exemplos (elas são tratadas mais demoradamente em ROXIN, 1989: 750 e 1997: 362 e 363), mas afirmar a inexistência de dolo nesses casos mostrou-se um argumento frágil à luz da sua própria teoria. Na primeira hipótese, porque o autor queria exatamente aquilo que se produziu objetivamente (a morte do tio), além do que, a planificação e o curso real coincidiram entre si (ele foi atingido por um raio quando estava no bosque). E, na segunda, porque, não obstante tenha a morte se dado efetivamente por outros meios, havia desde o início o dolo de matar. Caso contrário, também não se justificaria, de acordo com a teoria finalista, a solução a que se chega de que ocorreu a tentativa, e não o tipo consumado, uma vez que a modalidade tentada também pressupõe o dolo de homicídio.

Em suma, por uma série de razões, viu-se que o critério do dolo não funcionava bem para limitar o alcance do tipo, inicialmente amplo graças à concepção do tipo objetivo como causalidade.

Os desenvolvimentos posteriores da dogmática penal que buscaram lidar com essas insuficiências tiveram como pressuposto a idéia de que, para definir a tipicidade, era preciso algo além da definição dos nexos causais e da finalidade. Com isso, foi se consolidando a necessidade de se distinguir, de uma vez por todas, o juízo de causalidade do juízo de imputação, assumindo-se que este pode ser muito mais complexo que aquele, e incluir decisões de várias ordens.

A partir daí, a simples relação causal entre ação e resultado apresenta-se insuficiente já no âmbito da tipicidade objetiva, para dar início a um juízo jurídico negativo de uma conduta. A causalidade não é mais indispensável nem suficiente para a definição das condutas típicas. Ela não passa de um momento parcial e contingente da relação de imputação (MIR PUIG, 2004: 242), de modo que o âmbito da responsabilidade jurídico-penal será desenhado a partir de outros critérios, abertos à definição.

Por isso, essas idéias sobre a imputação ao tipo objetivo devem ser inseridas no contexto de normativização da dogmática penal, ou seja, no movimento de tornar as categorias dogmáticas que levam à imputação de responsabilidade (no caso, a tipicidade) menos dependentes de critérios ontológicos (no caso, os de causalidade e finalidade), mas, sobretudo, baseadas em decisões.

Como essas decisões são tomadas e sob quais critérios é algo que vem sendo respondido de diferentes formas pela dogmática. No nosso caso, essas questões ensejaram a formulação de distintas teorias da imputação objetiva. A partir dessa premissa básica de que se deve construir uma teoria normativa da imputação capaz de solucionar os problemas de consumação do tipo objetivo, surgiram diversas formulações, que não alcançaram ainda uma construção dogmática definitiva e tampouco unitária.¹⁸

A primeira concepção de uma teoria da imputação objetiva tal como desenvolvida atualmente foi de Roxin, por volta dos anos 1970.¹⁹ Com ele, consolida-se uma teoria normativa para a atribuição objetiva do tipo, vinculada à finalidade da intervenção penal (no caso dele, vinculada aos objetivos político-criminais do sistema) e baseada no princípio do risco — que é a vertente da imputação objetiva que se tornou majoritária. Se a missão do direito penal está, para ele, relacionada à proteção de bens jurídicos, então a definição do comportamento desvalioso deve ter como ponto de partida a relação negativa que a conduta tem com o bem, ou seja, para ser relevante ao campo jurídico-penal, a conduta há de ser, no mínimo, perigosa para um bem jurídico, ainda que isso não implique a proibição de todas as condutas perigosas.

A partir desse princípio, a formulação básica de sua teoria da imputação ao tipo

objetivo adquiriu a seguinte conformação: um resultado somente pode ser pensado como obra de um sujeito e cumpre, portanto, o tipo objetivo quando a atuação do sujeito haja criado um risco não permitido para o objeto da ação (i); quando o risco tenha se realizado no resultado concreto (ii); e quando o resultado se encontre no âmbito de alcance do tipo (iii).

A avaliação da criação de um risco tipicamente relevante (critério 1) depende de dois julgamentos: quando se pode falar da criação ou do incremento de um risco e quando esse risco extrapola o âmbito do permitido.

Segundo Roxin, o primeiro desses julgamentos é realizado por uma perspectiva *ex ante* — avaliando-se as circunstâncias anteriores à consumação do fato e não o que realmente sucedeu — e de acordo com os parâmetros da teoria da adequação, ou seja, previsibilidade do resultado perigoso por qualquer homem inteligente nas circunstâncias do autor.²⁰ É uma decisão que considera todos os conhecimentos empíricos sobre a carga de periculosidade de determinados comportamentos. Esse é apenas um filtro grosso, sobre o qual ainda incidirão outros limites normativos, mas, de qualquer forma, já impede a imputação de lesões de bens jurídicos que se produziram em casos de condutas a princípio não perigosas, isto é, que não comportam, de modo prognosticável, riscos relevantes de produção do resultado.

Se pensarmos em situações concretas, essa definição da conduta perigosa explica a exclusão da imputação em casos em que o autor diminui o risco já existente para a vítima. Por exemplo, a conduta daquele que, ao detectar uma pedra em movimento que atingirá a cabeça da vítima, desvia seu curso e a faz atingir o ombro. Ainda que tenha provocado lesões (eventualmente previsíveis e intencionais) não se pode considerar a conduta do autor adequada para criar ou aumentar riscos. Ao contrário, ela é capaz de diminuir o risco existente para a vítima e melhorar a situação do bem jurídico.

O mesmo mecanismo é também utilizado para resolver o caso do sobrinho que envia o tio ao bosque em meio à tormenta: essa ação não é considerada perigosa, pois não é possível afirmar que o atingimento do sujeito por um raio seja algo objetivamente previsível ou estatisticamente provável. Não obstante o desejo do sobrinho, a produção do resultado fica confiada ao acaso.²¹

Nesse caso, os dois elementos da conformação do risco permitido estão ausentes, pois essas condutas são irrelevantes também do ponto de vista jurídico. O Direito não valora como um risco proibido o fato de enviar alguém ao bosque. Não faz parte de suas preocupações os mínimos riscos associados à provocação de condutas socialmente normais e geralmente não perigosas. Por isso, condutas como essa estão inseridas em um espaço de risco permitido.

O âmbito do risco permitido, entretanto, nem sempre coincide com o de riscos ínfimos ou estatisticamente insignificantes. Nele também estão presentes atividades consideradas portadoras de riscos relevantes (como o tráfico viário e o funcionamento de instalações industriais), mas que são permitidas pelo legislador graças a uma ponderação das suas vantagens sociais.

O conceito e os limites do espaço do permitido, entretanto, é bastante variado entre os teóricos da imputação objetiva. Há interpretações que equiparam o risco permitido à adequação social; outras que vinculam estritamente às normas do Direito positivo incidentes sobre a conduta; e há também aqueles que compreendem seus limites no sentido tradicional da violação ou não do dever objetivo de cuidado, independentemente das normas jurídicas. É evidente que a variação na definição desse critério, que é objeto de larga discussão doutrinária, faz também variar a amplitude do campo da

Roxin admite que a delimitação do risco permitido não é uma tarefa fácil e indica uma série de critérios a serem utilizados na apreciação do caso concreto. Ele não fornece um limite rígido ou unitário para defini-lo, embora afirme que o “ponto de apoio substancial” desse processo deve ser o estabelecimento de regras de cuidado (que englobariam, além das normas jurídicas — com maior peso —, as normas técnicas, as normas de trânsito, as regras profissionais etc.) (ROXIN, 1997: 372). O limite estabelecido por essas normas, contudo, não marca definitivamente os limites entre o proibido e o permitido. Elas são, para Roxin, “indícios mais ou menos importantes da existência de criação de um perigo não permitido” (1997: 1004), que será definido apenas na análise do caso concreto. Nesse momento, podem entrar também em consideração outras “figuras auxiliares”, como o princípio da confiança, a “figura modelo diferenciada”, os deveres de informação, a ponderação de utilidade e risco etc., que podem interferir nos limites dados pelas normas.

Não podemos nos aprofundar nesse debate. Limitamo-nos aqui a indicar que, para a configuração e aplicação desse princípio geral com o qual a teoria da imputação objetiva começou a desenhar o campo das condutas relevantes para o direito penal — as que, a um tempo, criam ou incrementam um risco para o bem jurídico e o fazem fora do marco do permitido —, são ainda necessárias outras definições, que são vivamente discutidas pelos teóricos dessa vertente.

No que tange à formulação geral dessa teoria, há ainda outras questões a considerar, relativas aos dois outros critérios que mencionamos anteriormente.

Nem sempre um comportamento considerado perigoso pela aplicação do primeiro critério desemboca em uma lesão ou nem sempre há entre o comportamento e a lesão uma relação necessária (denominada “relação de risco”). Diante disso, uma das preocupações de Roxin foi como determinar se o resultado típico efetivamente decorre da ação considerada perigosa *ex ante* (i.e., que já passou pelo critério 1 anteriormente descrito). Ele fez isso no segundo critério do seu enunciado: o tipo objetivo também exige que no resultado tenha se concretizado precisamente o risco não permitido presente na conduta do autor. Exclui-se da imputação aqueles resultados que se devem à interferência de outro risco.

Com isso, resolvem-se, por exemplo, casos em que um delito doloso em um primeiro momento fica em fase de tentativa, e o resultado acaba sendo consequência de um curso causal imprevisível. Voltando ao caso da ambulância: se a vítima faleceu no acidente de trânsito a caminho do hospital, não podemos atribuir ao autor da facada o homicídio consumado,²³ pois a morte não se deu em consequência do risco criado pela facada que recebera.

Não é adequado considerar que o desferimento de uma facada aumenta, de modo relevante, o perigo de morte em acidente automobilístico. Desse modo, a morte da vítima é explicada pela interferência de um outro risco. O que se materializou não foi o risco derivado da ação originária, mas o risco procedente de uma fonte diversa.

Por fim, o terceiro critério proposto por Roxin — âmbito de alcance do tipo — funciona como uma espécie de princípio residual. É responsável pela exclusão da imputação ao tipo de caso em que o autor é responsável pela criação ou aumento de um risco que efetivamente se transforma em um resultado lesivo, mas não se produz no âmbito de proteção do tipo penal, ou seja, determinada proibição não está destinada a evitar o resultado produzido ou a responsabilizar a pessoa que atuou em dadas circunstâncias. E essa decisão, que deverá ser tomada pelos juízes na análise do caso

concreto, dar-se-á de acordo com as finalidades político-criminais daquela norma e do sistema.

Suponhamos que um motorista atropela imprudentemente um pedestre, causando sua morte.²⁴ A mãe do pedestre, ao receber a notícia, sofre um ataque cardíaco e morre também. A questão é: deve-se punir o motorista imprudente pela morte da mãe? Pode-se dizer que os homicídios imprudentes criam previsivelmente o risco de que efeitos secundários desse tipo ocorram, de modo que teríamos dificuldade de excluir a imputação já pelo primeiro critério. A solução desse caso — ou seja, se há ou não a conduta típica em relação à morte da mãe — está em decidir, político-criminalmente, se estão no âmbito de aplicação do tipo de homicídio imprudente na condução de veículo automotor apenas os danos diretos produzidos pela conduta na vítima imediata (o pedestre) ou também as lesões secundárias, como a explicitada.

Esse mesmo procedimento foi utilizado por Roxin para resolver os casos de participação na autocolocação da vítima em risco: um sujeito aconselha seu amigo, perfeitamente capaz e consciente do risco, a atravessar um lago de gelo quebradiço. O incentivador não será imputado pela morte acidental do amigo, pois o fim de proteção do tipo de homicídio não cobre casos como esse. Ora, se no Direito alemão é atípica a conduta de participação em suicídio, não há de se pretender que a participação em uma autocolocação em risco pela vítima esteja abarcada pelo âmbito de aplicação de tipo de homicídio (ROXIN, 1997: 386-387). E esse argumento, em sua teoria, é suficiente para fundamentar desde logo a exclusão da imputação.

Esses exemplos sugerem as linhas gerais de aplicação desse critério. Não trataremos aqui das várias discussões que ele enseja e das indefinições e variações de seu conteúdo na doutrina penal.

Da mesma forma, não podemos continuar a analisar as aplicações da teoria de Roxin e outros enunciados nela presentes como restrições de segunda ordem à imputação (princípio da autonomia da vítima, atribuição a um âmbito de responsabilidade alheia etc.). Por isso, limitamos nossa breve exposição a delinear esses que são os seus critérios mais gerais.

Vale dizer que a solução contida na fórmula “criação e realização de um risco proibido” é a mais comum e difundida na doutrina penal da imputação objetiva, embora haja uma outra perspectiva sobre a imputação objetiva, que já não se vê tão ligada ao princípio do risco.

A idéia de criação e concretização do risco surgiu e se desenvolveu para resolver os problemas de atribuição de um resultado lesivo a uma conduta, problema este que diz respeito basicamente aos tipos de resultado. Com efeito, afirma expressamente Roxin que:

a imputação ao tipo objetivo apenas é um problema da Parte geral quando o tipo requer um resultado no mundo exterior separado no tempo e no espaço da ação do autor. Nos delitos de mera atividade (...) a imputação ao tipo objetivo se esgota na subsunção nos elementos do tipo respectivo que devem ser tratados na Parte especial (ROXIN, 1997: 345 — tradução livre).

Outro modo de compreender a teoria da imputação objetiva tem a pretensão de

estender seu alcance para além dos delitos de resultado.²⁵ Enxergar nela não só uma teoria que resolve problemas de causalidade, mas uma teoria geral da ação típica, que se aplica a todos os tipos de delito. Isso significa que também nos delitos de mera atividade não basta para a imputação a mera subsunção da ação à descrição típica literal e que, para abarcar esses casos em que não há resultado descolado da ação, os critérios de imputação não podem se basear na verificação do risco de lesão ao bem jurídico e sua realização — questões que só fazem sentido em crimes de resultado. Outros critérios, portanto, deveriam ser concebidos. Frisch²⁶ e Jakobs foram dois autores que tentaram dar conta disso por meio de construções dogmáticas globais.

Não teremos tempo de tratar adequadamente do pensamento de ambos os autores. Por isso, optamos por abordar apenas — e de maneira sintética — a teoria de Jakobs, que se desvincula mais radicalmente da teoria do risco. Isso dará ao leitor uma idéia das possibilidades que se abriram para a dogmática penal a partir da idéia de normatização da teoria do tipo.

Jakobs enuncia de saída sua compreensão ampliada do campo da teoria da imputação objetiva: ela se ocupa da determinação das propriedades objetivas e gerais de um comportamento imputável (1991: 224). Entendida no âmbito da sua teoria geral da imputação, em que o fato punível é um aporte comunicativo, ou seja, não se define como a realização corporal de uma ação nem como a lesão material a bens, mas, sim, como expressão de sentido que contraria a norma, sua teoria da imputação objetiva trata da determinação de quando uma pessoa efetivamente expressa com sua conduta uma contradição à vigência da norma,²⁷ quando há uma perturbação social — que mereça ser contrariada pela sanção (1997: 83). E isso será definido conforme a posição do fato no contexto social e do indivíduo nas regras específicas de uma sociedade (1997: 84; 95).

Jakobs está preocupado em construir regras para a fixação de modelos de conduta e âmbitos de responsabilidade que, desvinculados de dados físicos e psíquicos (causalidade e dolo), sejam capazes de sustentar um modelo de imputação adequado aos problemas de hoje:

Numa sociedade complexa, é impossível que todos se ocupem de tudo e numa sociedade que possibilita contatos anônimos entre as pessoas, não é suficiente e tampouco é razoável que os âmbitos de responsabilidade se dividam caso a caso, tendo em conta para isso as peculiaridades e circunstâncias existentes em cada momento. Pelo contrário, é necessário que existam regras fixas para determinar a quem compete a realização de quais tarefas. No terreno das ações empreendidas por uma pessoa, são as regras de imputação objetiva, em sua configuração de modelos de determinação das modalidades de conduta não permitidas, as que regem a fixação de âmbitos de competência” (JAKOBS, 2000: 7).

Numa sociedade complexa e com contatos anônimos, diz ele, não se pode pretender — sob pena de paralisação da sociedade — que todos devam considerar todas as consequências possíveis de seu comportamento a partir de um ponto de vista cognitivo e devam tentar evitar todos os danos possíveis (JAKOBS, 2000: 18-19). As regras de

imputação de uma sociedade como esta não podem, portanto, estar vinculadas à causalidade (ou a vínculos naturais entre fatos e resultados), mas, sim, a regras que organizam os contatos sociais.

Em outras palavras, para voltar ao exemplo do começo do texto, o fabricante ou o comerciante de armas não deve supervisionar cada adquirente para garantir que a arma não tenha utilização ilícita e não será responsabilizado por qualquer resultado lesivo que seja alcançado com o uso da arma que fabricou ou vendeu, pois seus encargos em relação à venda de armas são determinados apenas pelas normas que lhe cumpre observar. E essas normas também delimitam o âmbito de sua responsabilidade com independência dos dados cognitivos da causalidade e da intenção. Isso significa que ele deve apenas cuidar de observar as regras e os procedimentos de fabricação, comercialização e registro fixados pelo Direito (em geral pelo direito administrativo), liberando-se de qualquer supervisão além ou posterior a essa e de qualquer tipo de responsabilidade que não derive de uma violação dessas normas.

É dessa forma que, ao determinar os seus critérios de imputação objetiva, Jakobs vai se fixar na idéia de encargos distribuídos a determinadas pessoas que ocupam certas posições no contexto de interação. E esses encargos normativamente determinados consolidam-se em “papéis que devem ser cumpridos” e possibilitam “uma orientação com base em padrões gerais, sem necessidade de conhecer as características individuais da pessoa que atua” (JAKOBS, 2000: 19). O sujeito é tomado simplesmente em seu papel social, e “papel social” é uma posição definida por normas, que pode ser ocupada por indivíduos intercambiáveis. Isso significa que as regras de imputação estão vinculadas apenas às normas que configuram um determinado papel social. No processo de aferição de responsabilidade, não importam as condições e as capacidades individuais dos envolvidos, mas, sim, as condições e as capacidades do papel social que ocupam (definido preponderantemente pelas normas jurídicas) em função da ação sob exame, relevante para a imputação penal de um certo fato a um determinado autor.

A idéia básica de sua teoria é, em suma, a de que são as expectativas dirigidas ao portador de um papel que fornecem o “material interpretativo” com o qual se identifica se um determinado comportamento é juridicamente relevante ou não. Isso se dá de forma desvinculada de qualquer dado natural ou psicológico e independente do que a própria pessoa pensa sobre seu ato.²⁸ O “papel social” não tem natureza sociológica ou antropológica, mas normativa. É um modelo normativo que orienta a aplicação das normas jurídicas aos fatos.

Os instrumentos dogmáticos que concretizam um sistema de imputação por esses fundamentos são: o risco permitido (i); o princípio de confiança (ii); a proibição de regresso (iii) e a competência (capacidade) da vítima (iv). Tratarei deles de maneira breve a seguir. Notemos que esta construção dogmática é apresentada por Jakobs como uma possibilidade de arranjo dentre outras a que se pode chegar a partir dessas linhas fundamentais.

A primeira dessas categorias expressa a idéia de que existe uma margem de risco permitido determinada pelas próprias normas, resíduo de condutas lícitas, que estão desde logo excluídos das possibilidades de imputação. E que, portanto, “não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo o risco de lesão de outro” (JAKOBS, 2000: 24-25). Importa notar aqui que o risco permitido em Jakobs é construído sob uma perspectiva normativa. À diferença de Roxin, não há um momento prévio à valoração jurídica, em que se deve verificar se a conduta cria ou incrementa o risco de lesão ao bem jurídico. Além disso, essa normatividade tampouco se estabelece em um processo de

ponderação político-criminal para resolver o caso concreto. Trata-se de um critério que depende do estabelecimento anterior dos espaços do risco permitido (JAKOBS, 2000: 36), e a base sobre a qual se decide entre permitido e proibido é um “aparelho de normas e de convenções da sociedade” (JAKOBS, 2000: 44).

Jakobs utiliza a idéia de “convenções sociais”, pois admite que nem sempre é possível determinar os limites dos papéis e do âmbito do risco permitido exclusivamente com base em normas jurídicas, embora isso se apresente em menor medida. Em âmbitos da vida em que não há normas estabelecidas pelo Direito, normas de outra natureza podem ser levadas em consideração para a construção dos papéis sociais, como as regras de profissão que gozam de reconhecimento (a *lex artis*) ou as normas de associações profissionais. Mas, nos âmbitos em que não há regras de nenhum tipo (nem jurídicas, nem de outra natureza), a construção do papel toma como referência o “padrão (*standard*) de comportamento de uma pessoa prudente” pertencente a esse âmbito da vida social. Essa seria uma solução pouco satisfatória no âmbito de sua teoria, pois, em suas próprias palavras, “certamente constitui uma determinação de limites imprecisos” (JAKOBS, 2000: 41).

De qualquer maneira, com maior ou menor grau de determinação, as normas que configuram o espaço do risco permitido têm em seu foco a construção de padrões predeterminados pela sociedade, de modo que qualquer juízo acerca das pessoas envolvidas em cada situação concreta será objetivo, a partir de um conjunto de características próprias ao seu papel social e, portanto, generalizáveis e desvinculadas das suas peculiaridades individuais. Assim construído, o limite do risco permitido será sempre relativo ao papel da pessoa que atua, mas nunca vai variar entre pessoas que ocupam o mesmo papel em função dos conhecimentos e características individuais.

Jakobs tem com isso um filtro eficiente à imputação para os casos complexos envolvendo conhecimentos especiais. O famoso exemplo do garçom que tem conhecimentos avançados em biologia e, não obstante reconhecer um fruto venenoso na salada, a serve ao cliente, é resolvido por Jakobs a partir dessa fórmula. Não há responsabilidade; não há violação do papel social, já que ninguém espera que um garçom tenha conhecimentos de biologia. Esse tipo de conhecimento especial, que o portador de determinado papel não tem nenhuma obrigação de adquirir ou manter, é “pura subjetividade” sem valor jurídico-penal²⁹ (JAKOBS, 2000: 49-50). O papel “deve ser obtido por meio de uma generalização das faculdades das que dispõem as pessoas das quais se espera que participem na atividade em questão”³⁰ (JAKOBS, 2000: 47).

A segunda limitação que recai sobre a definição da categoria geral “papel social” deriva do princípio da confiança: “não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo não seria possível a divisão do trabalho” (JAKOBS, 2000: 26). A confiança permite que contemos com que os outros também sejam sujeitos responsáveis e que cumpram seus deveres. Por essa razão, os agentes de uma interação não têm de se preocupar indefinidamente com tudo. A divisão de responsabilidades segundo papéis sociais é considerado pelos participantes das interações, que confiam na atuação do outro segundo seu papel. Ao agir dessa forma, estão se movendo em um espaço de risco permitido. Quando se fala em confiança lícita no papel dos outros, está-se, também, no espaço do risco permitido.

A proibição de regresso, terceira categoria dogmática da sua teoria da imputação, também responde a essa preocupação. Segundo tal categoria, quem assume com outro um vínculo considerado inofensivo não viola seu papel de cidadão, ainda que esse vínculo seja incorporado a uma atividade não permitida e mesmo que o sujeito conheça o que vai

acontecer após a sua intervenção lícita (JAKOBS, 2000: 27). Se o terceiro assume perante o autor um comportamento circunscrito por seu próprio papel (por exemplo, o do fabricante ou comerciante de arma), não pode ser considerado parte do delito (de homicídio que o adquirente pratica com a arma), mesmo que tivesse pleno conhecimento do que se daria a seguir.³¹ Para Jakobs, uma sociedade de prestações em massa não pode exigir que os fornecedores, comerciantes e prestadores de serviço acompanhem as realizações de seus clientes e, portanto, não pode renunciar à proibição de regresso (JAKOBS, 2000: 29).

O quarto e último instituto da imputação objetiva de Jakobs é a aplicação da idéia de violação de papéis também à vítima:³² deve-se saber se a vítima “desempenhou papel de vítima ou, precisamente, o papel de alguém que configura tal situação, é dizer, de quem atua com o próprio risco” (JAKOBS, 2000: 31), ou seja, a vítima também atua na configuração de um contato social e pode ser que simplesmente esteja em uma posição que lhe fez suscetível a uma fatalidade ou que tenha ali se colocado agindo em risco próprio — fatos que excluem a imputação de terceiros.

De maneira bastante sintética, esses são os critérios apresentados por Jakobs para definir o comportamento típico (imputação objetiva do comportamento) e que, dessa forma, ganham um campo de aplicação maior no âmbito de sua teoria geral da imputação, que não se restringe apenas aos delitos de resultado.

É claro que essa classe de delitos traz um problema a mais para a imputação, pois envolve especificamente as relações entre ação e resultado (problemas de imputação objetiva do resultado). Nesses casos, o primeiro âmbito da imputação objetiva, que conclui que o autor violou com seu comportamento uma norma que compõe seu papel social, indica apenas a existência de uma tentativa. A consumação do tipo dependerá ainda do problema da verificação do resultado.

Jakobs buscou uma resposta a esse problema livre de qualquer vínculo causal ou empírico. Sua explicação está no tipo de orientação que determinada sociedade produz sobre os fatos: só cabe imputar o que é acessível à configuração racional do mundo em determinada sociedade (JAKOBS, 2000: 81). Ou seja, a ligação de um resultado a um comportamento não permitido depende de um conceito social do que seja “evitável de modo planejável”. Em suas palavras:

os danos que de modo planejado são evitáveis e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido são devidos a esse comportamento não permitido e podem, portanto, ser explicados por meio deste. Os danos que não são evitáveis de modo planejado e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido devem-se a uma variação socialmente irrelevante do risco que traz a vida e não podem ser explicados por meio desse comportamento não permitido; podem dever-se a outro comportamento não permitido, ou a uma infração dos deveres de autoproteção da vítima ou, finalmente, simplesmente a uma situação desafortunada (JAKOBS, 2000: 84).

Assim, os critérios de Jakobs resolvem da seguinte forma o caso da morte ocorrida no acidente da ambulância: o comportamento do agente que esfaqueia não é permitido,

mas fica restrito ao âmbito da tentativa, pois não se pode dizer que a morte da vítima no acidente de trânsito envolvendo a ambulância é um evento que, de uma perspectiva geral e não concreta, o autor poderia evitar de modo planificável.

Haveria, ainda, uma série de questões que poderíamos abordar sobre o tema da imputação objetiva e seus modelos e que efetivamente estão em discussão na doutrina penal. Não há espaço para fazê-lo neste artigo. O objetivo desta breve exposição foi mostrar que o tema da tipicidade está aberto à discussão e à configuração de arranjos dogmáticos distintos que melhor resolvam os problemas de responsabilização com que hoje se depara o direito penal de cada sociedade.

Essa discussão, entretanto, só é possível a partir de uma mudança de perspectiva em relação aos processos de responsabilização no Direito: eles não são determinados por dados ontológicos, fatos naturais e psíquicos, mas por regras de imputação que são contingentes e se reportam a escolhas feitas em cada sociedade (ainda que essas escolhas resolvam incorporar aqueles dados em seus critérios de imputação em maior ou menor medida). As regras de imputação objetiva, dessa forma, refletem as possíveis construções dogmáticas pelas quais se podem expressar as formas de repartição de responsabilidades de uma determinada sociedade.

Essas regras, que ainda não estruturam completamente o processo de responsabilização, mas uma parte importante dele que envolve o problema da tipicidade, podem estar ou não positivadas em cada ordenamento jurídico. O mais comum, entretanto, é que a lei não diga qual é o conteúdo da tipicidade, ou pelo menos que não o faça de modo completo. Caberá à doutrina e à jurisprudência a tarefa de positivá-lo.³³

No Brasil, a referência legal ao conteúdo do tipo objetivo é feita pelo artigo 13 do nosso Código Penal.³⁴ Esse artigo oferece os seguintes critérios para a definição do tipo objetivo: (i) a imputação do resultado ao autor pressupõe a existência de relação de causalidade, e esta deve ser entendida nos termos da teoria da equivalência; (ii) a superveniência de causa relativamente independente (como o acidente da ambulância que conduz o ferido) exclui a imputação quando por si só produziu o resultado; (iii) a omissão é juridicamente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, sendo que o dever de agir incumbe apenas a quem o é legalmente obrigado; a quem assumiu de outra forma a responsabilidade de impedir o resultado; a quem anteriormente criou o risco de ocorrência do resultado.

Como se vê, o que o nosso direito positivo oferece são algumas balizas mínimas para a determinação da imputação, que se aplicam apenas aos crimes de resultado e que se limitam à verificação da causalidade entre ação e resultado e aos critérios normativos do dever e da possibilidade de evitação do resultado nos delitos de omissão. Essa determinação — de que não se pode prescindir da causalidade e dos critérios do § 2.º — não encerra de maneira alguma todas as questões referentes à definição da ação e da omissão relevantes para o direito penal. A ausência de uma definição completa dos critérios do tipo objetivo é ainda mais evidente no que se refere ao conteúdo da imputação objetiva do comportamento nos crimes de ação, que não é abordado pelo artigo 13 e que merece, no artigo 14, tão-somente a menção de que o crime se consuma quando presentes os elementos de sua definição legal.³⁵

Isso quer dizer que o conteúdo da tipicidade objetiva no direito penal brasileiro não está definido. Em outras palavras, que a nossa lei penal, ao fornecer apenas esses elementos mínimos dos artigos 13 e 14, não excluiu a possibilidade de se construir dogmaticamente outras regras para a imputação ao tipo objetivo.

Dessa forma, a discussão acerca dessas regras está desde logo aberta, e a definição de

como se dá esse momento do processo de imputação está em disputa. Além disso, nossos juízes certamente já tiveram de se confrontar com o fato de que as regras da *conditio sine qua non* são insuficientes para resolver a maior parte dos problemas complexos da nossa sociedade e tiveram de lidar com isso de alguma forma. Em outras palavras, é provável que, embora a discussão sobre as regras da imputação objetiva seja ainda incipiente em nossa doutrina, já esteja se construindo em nossos Tribunais um conceito de tipicidade que não coincide ou se reduz ao de causalidade do artigo 13. Entretanto, é apenas com o rompimento dessa visão que poderemos olhar para essa questão, tanto para compreender como para tomar parte na discussão sobre os processos de responsabilização em nossa sociedade.

Referências

- BENITEZ, Jose Manuel Gomez. *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*. Madrid: Ministerio de Justicia/Centro de Publicaciones, 1988.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- CANCIO MELIÁ, M.; SUÁREZ GONZALEZ, C. Estudio preliminar. La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva. In: JAKOBS, G. *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Civitas, 1996.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Barcelona: Bosch Editor, 1998.
- FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995.
- FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestión. In: ROXIN et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Qué es la imputación objetiva? In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990.
- GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y la teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: RT, 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.
- JOHN, Jose Antonio Caro. Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al professor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MARTÍN, María Ángeles Rueda. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción* (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto). Barcelona: Bosch, 2001.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito* 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal*. Parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2004.
- REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*. Colombia: Temis, 2001.

- ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Réus, 1976.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. La teoría de la imputación objetiva. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, ano IV, n. 9A, p. 299-324, 1999.
- ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 39, p. 749-769, 1989.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TORÍO LOPEZ. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc/Mes 1, t. 39, p. 33-48, 1986.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.
- WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 59, p. 491 e ss., 1939.

- 1 Agradeço a Marina Pinhão Coelho, pelas diversas discussões que antecederam este texto e que foram essenciais para a sua elaboração, a José Rodrigo Rodriguez e Maíra Rocha Machado, pelas críticas feitas à primeira versão dele.
- 2 Mestre e doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), professora da Direito GV e pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). Pesquisadora visitante no Instituto Max Planck, em Friburgo, Alemanha.
- 3 O conceito de tipo de Beling, que se caracterizava por ser objetivo e livre de valor, começou a ser questionado já por Fischer, Hegler, Mayer e Mezger que, preocupados principalmente com questões referentes às causas de justificação, afirmaram que a definição do tipo depende também de elementos relativos à direção da vontade do autor. Esses elementos não estariam presentes apenas na culpabilidade mas também no âmbito da tipicidade. Aparece, assim, uma categoria que não existia no sistema clássico, que é a de tipo subjetivo. Com o finalismo, a teoria dos elementos subjetivos do tipo sem dúvida ganhou maior visibilidade, graças à proposta de localização sistemática do dolo no tipo. Entretanto, mesmo com a perda de prestígio da doutrina finalista na dogmática penal, pode-se dizer que a teoria dos elementos subjetivos do tipo não é posta em questão (segundo ROXIN, 1997: 280, ela é “absolutamente indiscutida en el Derecho alemán”). O que sim se discute é o conteúdo desses elementos subjetivos e sua delimitação em relação à categoria da culpabilidade. De qualquer modo, para nossos objetivos, basta compreender que no âmbito da dogmática penal a determinação da relação objetiva é apenas um primeiro passo na verificação da conexão entre sujeito e delito, que deve continuar no tipo subjetivo. Como isso se dará nesse âmbito, também é objeto de larga discussão doutrinária, que, contudo, foge do escopo do presente estudo.
- 4 Para uma análise mais aprofundada do sistema Liszt/Beling, cf. o Cap. VII deste livro.
- 5 A posição de Basileu Garcia parece se aproximar dessa concepção de tipo. A tipicidade, definida por ele como “a perfeita conformidade da conduta com a figura que a lei penal traça” (GARCIA, 1982: 214), é discutida apenas sob a chave dos elementos externos, materiais, objetivos ou físicos, que permitem inferir o ajuste entre ação e modelo legal. Não entram em consideração, nesse âmbito, elementos de natureza normativa e tampouco subjetiva. Sobre estes últimos, ele chega a mencionar o movimento de “revisão da doutrina do tipo” de Hegler, Mezger e, depois, Maurach e os finalistas, no sentido da inclusão da categoria da tipicidade subjetiva (GARCIA, 1982: 215-216). Em sua opinião, entretanto, esses elementos deveriam permanecer no âmbito da culpabilidade. Leia-se: “Entretanto, em nosso modo de encarar o assunto, se a ação humana, caminhando para um evento que poderá ser o dano ou o simples perigo, integra com o resultado, o elemento externo, material, objetivo ou físico, do crime, de outra parte se perfaz o seu elemento interno, moral ou psíquico com a culpabilidade, cujas formas extremas são o dolo e a culpa (em acepção estrita)” (GARCIA, 1982: 216).
- 6 Para mencionar um exemplo, o corretivo da culpabilidade não resolvia o problema dos cursos causais atípicos

desencadeados dolosamente.

- 7 Já presente em von Bar, mas propriamente fundada pelo fisiólogo von Kries, em 1886, essa teoria teve relevante repercussão entre os teóricos penalistas (encabeçados por Engisch, Karl em: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tubinger, 1931). Vale mencionar que, não obstante a maior influência dessa teoria na doutrina, havia também outras formulações que pretendiam temperar a idéia de equivalência das causas com base em critérios normativos, como o do “fator decisivo” (Binding), “condição eficaz” (Birkmeyer), “última condição” (Ortman) etc., que deixaremos de abordar aqui por questões de espaço.
- 8 Para uma análise mais detida do problema da causalidade e dessas teorias, cf. o Cap. VII deste livro.
- 9 Esse é o método que foi denominado prognose posterior objetiva.
- 10 Embora essa fosse a visão dominante, Mezger já a entendia como uma teoria da imputação, tornando-a a base da sua teoria da relevância, segundo a qual a averiguação de quais nexos causais são relevantes dar-se-ia não pela idéia de probabilidade, mas pelo sentido do tipo em cada caso. Cf. ROXIN, 1997: 361 e MEZGER, 1946: 237.
- 11 De forma sintética sobre as críticas à teoria da adequação: “la teoría de la adecuación fue pronto sometida a crítica. Esta consistía fundamentalmente en que no puede hacerse depender la existencia o no de la relación de causalidad, la afirmación de un enlace material entre acción y resultado, de la previsibilidad de éste, circunstancia que a su vez dependía del conocimiento del autor” (ESCAMILLA, 1992: 9). Cf. ainda os problemas apontados por Roxin: “La teoría de la adecuación es insuficiente incluso como teoría de la imputación, si se considera que con la adecuación de un curso causal está solucionado el problema de la imputación en los cursos causales anómalos o inusuales. Pero hay otras numerosas constelaciones — desde la causación de muerte por el médico, pero prolongando la vida, pasando por ciertos cursos causales hipotéticos, hasta los grupos de casos de la antigua teoría de la prohibición de regreso —, en los cuales se puede afirmar sin más la existencia de un nexo condicional adecuado, pero pese a todo se debe rechazar la posibilidad de imputación” (ROXIN, 1997: 36159-362). E também Jakobs: “La teoría de la adecuación no responde a qué grado de probabilidad debe tener una causación para ser jurídicamente relevante (...) Hay acciones cuya escasa probabilidad de resultado excluye la responsabilidad cuando, a pesar de la escasa probabilidad, acaece el resultado (...) A ello se añade un error genuino de la teoría de la adecuación: La teoría cualifica procesos causales con arreglo a criterios estadísticos (¿probable?) y de perceptibilidad general (¿forma de aparición usual?), sin alcanzar a exponer la relevancia normativa de estos criterios. Pero en contra de la teoría de la adecuación, algunos concretos cursos causales rarísimos pueden ser normativamente relevantes sin corresponder a una forma de aparición usual. Por expresarlo con un ejemplo: si un veneno común, en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de su constitución modificada a través de esa adicción, no surte efecto en el estómago — como suele — sino en el esófago (o no antes de los intestinos), a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado; pues la consecuencia constituye la realización del peligro causado por el autor en las condiciones del caso concreto” (JAKOBS, 1997: 238-241).
- 12 A teoria de Mezger recebe, contudo, uma série de críticas, que se dirigem tanto à falta de determinação da sua idéia de relevância, como às contradições internas a sua própria teoria do delito. Para uma análise mais detida: ESCAMILLA, 1992: 11-19.
- 13 Cf. WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 59, 1939, p. 491 e ss. Aqui Welzel se refere ao problema do sobrinho que manda o tio ao bosque e o resolve com a idéia de adequação social, de interpretação do sentido do tipo.
- 14 São também considerados precursores das idéias contemporâneas de imputação ao tipo objetivo os textos de LARENZ e HONIG (respectivamente, *Hegels Zurechnungslehre* de 1927 e *Kausalität und objektive Zurechnung*, de 1930). O que ali se desenvolve (Larenz para o Direito civil e Honig para o penal) é, entretanto, bastante distinto do que ora se chama de teorias atuais da imputação objetiva. Mas se pode dizer que há uma idéia comum e essencial entre eles — que de fato pode ser atribuída a Larenz — que é a de que se deve distinguir o juízo de causalidade do juízo de imputação.
- 15 Para uma análise do percurso de Welzel nesse sentido, cf. ROXIN, 1976: 99 e ss.
- 16 A discussão se situava no âmbito do tipo objetivo, ainda que a teoria da adequação tenha sido criticada por utilizar elementos subjetivos para a determinação do tipo objetivo (como os conhecimentos especiais que eram utilizados pelo método da prognose posterior).
- 17 Para uma análise mais aprofundada da Escola Finalista e da contribuição de Welzel cf. o Cap. VII deste livro.
- 18 Embora haja diferentes modelos em disputa e uma série de discussões sobre os seus limites, a idéia de criar critérios para a imputação ao tipo objetivo ganhou corpo e pode ser considerada dominante na dogmática penal

alemã e espanhola. Cf. o panorama de Roxin sobre o estado da discussão na dogmática alemã: “la teoría de la atribución objetiva, hoy en día, se reconoce de manera general en casi todos los libros alemanes de enseñanza y de comentarios, y también ha sido desarrollada en grandes monografías. Entre sus defensores existen naturalmente opiniones divergentes en cuanto a detalles. Sin embargo, en sus líneas básicas metodicas y contenciales, la teoría de la atribución objetiva se ha impuesto en la literatura alemana” (ROXIN, 1999: 316). Também Cancio Meliá e Suárez Gonzalez: “En la dogmatica juridico-penal de los últimos años han sido planteadas, cada vez con mayor éxito, propuestas que bajo el rótulo de ‘imputación objetiva’ pretenden introducir nuevas soluciones para ciertos problemas ubicados en el marco de la tipicidad. Estas propuestas, sin embargo, proceden de muy distintos orígenes sistemáticos y ni siquiera coinciden siempre en sus resultados, de modo que no se puede hablarse aún que exista una teoría de la imputación objetiva [...] La necesidad de determinar la imputación del resultado sobre la base de criterios normativos también ha tenido su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo [español] que se ha ido haciendo eco de los criterios de imputación barajados por la doctrina” (CANCIO MELIÁ; SUÁREZ GONZALEZ, 1996: 21-45). É preciso mencionar, entretanto, que há posições críticas em relação às teorias da imputação objetiva, que vêm principalmente dos autores finalistas (como Armin Kaufmann, Cerezo Mir e Gracia Martín). Em linhas gerais, eles afirmam que as limitações que se pretendem alcançar por meio dessas teorias também se alcançam pela categoria do dolo. Para uma panorama mais geral das críticas dirigidas à imputação objetiva: CANCIO MELIÁ, 1996: 62-66. No Brasil, esse debate é, entretanto, ainda incipiente, embora o tema tenha aqui chegado, especialmente, pelas mãos de CAMARGO, 2001, TAVARES, 2003 e mais recentemente GRECO, 2005.

- 19 *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*. Honig Festschrift, Gottingen, 1968, p. 133 e ss, é considerado seu texto seminal (utilizaremos aqui a tradução espanhola publicada em ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus, 1976. Desde então, suas idéias foram bastante desenvolvidas por ele próprio e por outros autores, como Rudolphi e Schünemann, para ficar com aqueles que permaneceram na mesma vertente.
- 20 “El principio de imputación de la creación o el aumento del riesgo coincide el lo sustancial com la teoría de la adecuación y com el principio desarrollado ya hace muchas décadas por Larenz y Honig, de la pretendibilidad objetiva [...] rige también la prognosis objetivo-posterior en la forma en que se ha impuesto en la teoria de la adecuación; es decir: todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. Y para ello también hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto” (ROXIN, 1997: 367). A utilização desse critério por Roxin é objeto de crítica por muitos autores. Para uma síntese delas: ESCAMILLA, 1992: 100-124 e RUEDA MARTÍN, 2001: 142-147.
- 21 Essa solução é, entretanto, criticada pela imprecisão de seus critérios. A idéia de perigo prognosticável é pouco precisa e, se for tomada de forma ampla, pode-se antever perigo em um leque enorme de situações, inclusive a do exemplo discutido.
- 22 Isso fica evidente se pensarmos em um caso em que, com a utilização exclusiva do direito positivo, estar-se-ia em um espaço de risco permitido, mas a exclusão da imputação não seria a solução alcançada se fizéssemos incidir outros parâmetros, como o da conduta objetivamente prudente. Essa hipótese é descrita no exemplo que ora se transcreve: “Si un sujeto conduce a la velocidad permitida de 100 km/h no pudiendo evitar el atropello de un peatón que inopinadamente se cruza delante del coche, el resultado no le será objetivamente imputable por haber sido su conducta diligente. Sin embargo, si observó que la víctima pretendia cruzar la carretera y no aminoró la velocidad, confiando en que el peatón se percataría en el último momento de su presencia, o en poder evitar el atropello, el conductor tendrá que responder por el resultado lesivo, no pudiendo ampararse en que no rebasó el límite de velocidad establecido” (ESCAMILLA, 1992: 1137-138).
- 23 Note-se que a aplicação desse critério determinará, nos casos dos delitos de resultado, se o crime se consumou ou permaneceu no âmbito da tentativa, diferentemente do critério anterior, que resultava na total exclusão da conduta do âmbito de imputação.
- 24 Esse exemplo é utilizado por Roxin em 1976: 137.
- 25 Cf. MIR PUIG, 2004: 258: “A teoria da imputação objetiva deve estender seu alcance para além do problema do nexo que deve concorrer entre a conduta e o resultado nos delitos de resultado. A imputação objetiva deve ser entendida como o juízo que permite imputar juridicamente a realização da parte objetiva do tipo a sua execução material”. E também nesse sentido: REYES ALVARADO, 2001: 74, 78-82 e TORÍO LOPEZ, 1986: 33-48.
- 26 A teoria do tipo de Frisch (assim como a de Jakobs) se desenvolve em dois níveis: um da teoria da conduta típica e outro da imputação do resultado. Ela está baseada na idéia de que o critério que permite determinar se um comportamento está ou não permitido é o da ponderação de interesses — liberdade de atuação x interesses de proteção de bens. Essa ponderação pode resultar na qualificação de alguns riscos como toleráveis e permitidos e

outros intoleráveis e desaprovados. Frisch remodela o critério de risco proibido do resultado, transformando-o em “periculosidade típica relevante da ação”, categoria que servirá para a determinação do comportamento típico, ou seja, trata-se de um juízo objetivo anterior de que a desaprovação da conduta geradora de risco é um meio idôneo, necessário e adequado para a conservação de determinados bens. O segundo passo da sua teoria, ou seja, a verificação da vinculação entre conduta e resultado, é uma decorrência desse critério: estando determinada a desaprovação da conduta, a realização do perigo é apenas um problema de prova fática (CANCIO MELIÁ, 1996, 52-59; 1998: 63). Para uma exposição completa dessa teoria, cf. FRISCH: 1995 e 2004.

27 Ainda que essa determinação de um ataque à vigência da norma em sede do tipo objetivo seja provisória, só a afirmação de culpabilidade é que permitirá falar definitivamente disso.

28 Jakobs chama a atenção para o fato de que essa forma de pensar já era comum aos crimes culposos — “ainda que o condutor não pense nisso, conduzir um automóvel em velocidade excessiva constitui uma colocação em perigo das pessoas” (2000: 20). O que ele faz é estender essa fórmula aos crimes dolosos, com a única diferença de que nestes a violação do papel é mais drástica.

29 Os conhecimentos especiais importarão apenas quando houver um vínculo especial entre autor e vítima (por exemplo, de garante responsável pelo respeito a padrões de segurança, como o proprietário de um automóvel; ou um vínculo institucional, como o de pai e filho), de modo que faça parte do papel ativar todas as capacidades e conhecimentos individuais, quando necessário for (JAKOBS, 2000: 50-51).

30 Nos casos de conhecimentos especiais, a posição de Jakobs é a que mais avança na ideia de colocação de filtros objetivos à imputação. Como vimos, Roxin (e os demais autores que adotam sua teoria) não dispensa esses dados subjetivos na solução do problema. Para se chegar à definição de risco relevante, é preciso considerar o conhecimento de um homem inteligente (padrão geral) e os conhecimentos especiais do autor, utilizando-se o mesmo método da teoria da adequação, a “prognose objetivo-posterior”, que consiste em que “el juez debe colocarse posteriormente (o sea en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector (...) y además del saber especial del autor” (ROXIN, 1997: 360).

A denominação “prognose objetivo-posterior” é, desde seu uso anterior (na teoria da adequação), apontada por Jakobs como imprópria, pois não se trata de uma análise objetiva, já que considera os conhecimentos do autor, nem posterior, pois, embora temporalmente posterior, realiza-se psiquicamente, ou seja, trata-se de um julgamento ideal a ser feito pelo juiz, uma construção a respeito do juízo do autor no momento do fato (JAKOBS, 1991, 239). No âmbito da imputação objetiva, a utilização desse método fragiliza a teoria de Roxin pois põe em xeque o próprio pressuposto da imputação objetiva, ao introduzir dados subjetivos na análise do tipo objetivo (para uma crítica nesse sentido: CANCIO MELIÁ, 2003: 224-225).

31 Ao explicar a proibição de regresso, Jakobs utiliza o exemplo teórico do taxista que não pode ser responsabilizado por ter conduzido o autor de um homicídio até o local dos fatos, ainda que tivesse conhecimento do que este planejava ali fazer. Um caso bastante semelhante a esse ocorreu no Peru e foi decidido pela Corte Suprema deste país por meio dessa categoria dogmática. Assim, na sentença n.º 4.166-99 de março de 2001 desse Tribunal, aplicou-se a proibição de regresso para fundamentar a exclusão de responsabilidade de um motorista de táxi como condutor em um delito de roubo, nos seguintes termos: “si bien el encausado intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo que aún cuando el comportamiento de los demás sujetos fué quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud de la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante situándonos, en consecuencia, ante un supuesto de atipicidad”, cf. JOHN, 2003: 140.

32 Esse critério não chega a ter um desenvolvimento mais detido por Jakobs, restando, ainda, dúvidas em relação aos âmbitos de sua aplicação. Para uma crítica no mesmo sentido, CANCIO MELIÁ, 1996: 70, que afirma inclusive que se trata de um critério de caráter secundário.

33 Gimbernat Ordeig chama a atenção para esse aspecto das regras da imputação objetiva: “Naturalmente que la Ley no dice cuál es el contenido de la tipicidad, y que es el pensamiento científico sistemático el que determina cuáles son los elementos que hay que incorporar a ésta; ahora bien, de esos elementos de la tipicidad, unos (como el dolo o la causalidad) el pensamiento sistemático los toma de la Ley misma que hace una referencia expresa a ellos, y otros (lo que llamamos la imputación objetiva) no los puede extraer de los textos legales, pues ahí no aparecen por ninguna parte: los deduce el sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas” (GIMBERNAT ORDEIG: 1990: 213).

34 *Litteris*: “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1.º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2.º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a)* tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b)* de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c)* com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

35 “Art. 14. Diz-se o crime:

I — consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;”

VIII

A TENTATIVA

Sumário

72 — Atos preparatórios e iniciais de execução. 73 — Intenção e desistência. 74 — Tentativa perfeita e imperfeita. Arrependimento ativo. 75 — Aplicação da pena. 76 — Crime impossível.

Introdução

O tratamento das diversas fases do *iter criminis* pelo Código Penal de 1984, em comparação com o que lhes dispensou o Código de 1940, registra não só permanências mas também uma importante mudança.

As permanências vêm do fato de as definições jurídicas restarem as mesmas. Assim é com a consumação e a tentativa: o art. 14 do Código em vigor estabelece, tal qual fazia o art. 12 do Código Penal de 1940, que será consumado o crime quando nele se reunirem todos os elementos de sua definição legal, e que será tentado quando, iniciada sua execução, este não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente. Permanece igual também o critério de estabelecimento de pena para os crimes tentados: esta variará entre um e dois terços da pena pelo crime consumado, considerando o quão próximo se chegar da consumação do delito.

Em matéria de desistência voluntária e arrependimento eficaz, igualmente mantiveram-se na Parte Geral de 1984 (art. 15) as disposições do Código Penal de 1940 (art. 13).

No que diz respeito ao crime impossível, ou tentativa inidônea, as regras para a sua

ocorrência também permanecem as mesmas: de acordo com o Código em vigor (art. 17), considerar-se-á crime impossível a tentativa que não tiver condição de chegar à consumação, por ineficácia absoluta do meio empregado para a prática do crime, bem como por impropriedade absoluta do objeto sobre o qual recaia a ação delituosa.

A principal mudança vem em razão das conseqüências jurídicas ligadas a cada um desses institutos, em especial no que tange ao crime impossível.

Enquanto a atual Parte Geral preocupou-se em fazer valer em todos os seus aspectos o princípio da culpabilidade (Exposição de Motivos, n.º 18), o objetivo do Código de 1940 era, nas palavras de um de seus principais redatores, “reforçar a defesa coletiva contra a criminalidade comum e resguardar as instituições contra a criminalidade política”, ainda que à custa de sua coerência científica (Alcântara Machado, *Exposição de Motivos do Ante-Projeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro*, 1938, p. II e III). Por isso, ao lado de garantias próprias do direito penal liberal, o Código de 1940 utilizou-se das medidas de segurança, instrumentos de resposta penal tipicamente positivistas, como um poderoso instrumento de intervenção criminal, visando a munir a sociedade de múltiplos instrumentos de defesa contra as mais diversas formas de criminalidade (Alcântara Machado, *Ante-projeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro*, p. XII). Por esse motivo, admitia o Código Penal de 1940 que, mesmo nas hipóteses de crime impossível, fosse aplicada ao agente a medida de segurança de liberdade vigiada (art. 76, parágrafo único, combinado com o art. 94, inc. III).

O Código de 1984, ao contrário, reserva as medidas de segurança exclusivamente para os inimputáveis, e exige, para sua aplicação, três coisas, cumulativamente: (i) prática de fato típico e ilícito; (ii) periculosidade do autor; e (iii) ausência de imputabilidade plena (PRADO, 2002: 603-604). Como nos casos de crime impossível não se considera haver ação típica e antijurídica (REALE JR., 2000: 212 e ss.), não há mais que se

falar em medida de segurança nestes casos, ainda que o agente se revele inimputável e ostente periculosidade. Dessa forma, a figura do crime impossível é, para a atual Parte Geral, um agir que deve ficar alheio às considerações do Direito penal.

72 — O art. 12 do Código Penal preceitua: “Diz-se o crime: I — consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II — tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente”.¹

Parte Geral de 1984, art. 14, nºs. I e II

A noção de crime consumado é claramente dada pelo inciso I. A lei penal enuncia os elementos constitutivos dos crimes. É necessário que os atos do acusado, positivos ou negativos, estejam sujeitos à definição legal, que se ajustem ao conceito da lei em todos os seus termos.

Para chegar à fase da consumação, o delinqüente transita por uma série de etapas, que constituem o *iter criminis* — o caminho do crime, o desenvolvimento da ação delituosa. Assim procede em busca da *meta optata* — o seu escopo, o resultado final.

Fazendo-se o exame psicológico e objetivo da elaboração que se vai desdobrando no pensamento e na ação do criminoso ao procurar a *meta optata*, depara-se inicialmente com a fase da cogitação. O delinqüente pensa no crime, decide a respeito da sua efetivação. Mas os romanos já diziam que ninguém sofre pena pelo simples pensamento: *cogitationis poenam nemo patitur*. E uma frase pitoresca, em italiano, adverte: *pensiero non paga gabella* (o pensamento não paga impostos, não paga direitos). A cogitação permanece livre do Direito Penal. Um penalista belga, HAUS, teve o ensejo de dizer que só a Deus cabe sondar as consciências e auscultar os pensamentos. “Castigar os pensamentos (advertiu CARRARA) é a fórmula comum com que se designa o apogeu da tirania”.

O delinqüente deixa a fase da cogitação, que pode ser fugacíssima, e entra na dos atos preparatórios do crime, os quais ainda não constituem começo de execução.

É difícil estabelecer-se a distinção entre os atos preparatórios e os iniciais da execução. Com alguns exemplos, aparentemente se tornará simples separá-los. Ninguém dirá que é começo de execução o ato, na verdade preparatório, de escolha da arma para perpetrar o homicídio. O indivíduo compra um revólver e municia-o. Não está tentando matar. Está apenas na fase preparatória. Esse mesmo indivíduo ajusta-se com um co-autor: ainda não se acha no início da execução, mas, somente,

preparando o crime.

Suponha-se um larápio contumaz, que deseja penetrar em determinado prédio para furtar. É cauteloso e procura a ocasião propícia. Fica de espreita, esperando que os moradores se afastem. Essa posição de observador atento, à espera de momento cômodo para delinquir, não ultrapassa a etapa dos atos preparatórios. Não chega a constituir começo de execução.

Agora: o agente escala um muro, para penetrar na casa em que pretende furtar. Já a resposta, sobre se isso constitui ato preparatório ou início de execução, não será isenta de dúvidas — quer dada num sentido, quer noutro, e melhor seria que se processasse o assaltante por violação de domicílio, crime ocorrente no indevido ingresso mesmo nas dependências da moradia, como o quintal.

Para dirimir as questões que a diferenciação entre atos preparatórios e iniciais de execução suscita, os escritores propõem critérios variáveis. Dizem que o ato preparatório está distante da consumação, ao passo que o inicial de execução está próximo; que o ato preparatório não é perigoso e que o é o de execução; que este é unívoco e aquele equívoco; que o ato preparatório não participa, ainda, propriamente, da ação delituosa, não lhe constitui parte, ao contrário do ato de execução, que invade a esfera do bem jurídico visado.²

Nenhum desses alvitre, porém, satisfaz completamente. Reunidos, concorrem como subsídios para afastar as dúvidas, que, todavia, perduram em muitos casos, tornando-se então aconselhável se prefira a solução mais benigna.

Às vezes, o Direito Penal se interessa por atos preparatórios. Há alguns tão graves, que o legislador os eleva à categoria de crimes *sui generis*.³ Assim acontece a propósito de certas modalidades de crimes de perigo e contra o Estado. São exemplos variadas hipóteses previstas na Lei de Segurança, bem como a infração chamada quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal) e a referente a petrechos para falsificação de moeda (art. 291 do Código Penal). Entretanto, a regra é que os atos meramente preparatórios permanecem alheios à repressão criminal. Instaura-se a eventualidade da pena tão-só quando o agente penetra no campo dos atos executivos, passando a concretizar o seu desígnio no fato penalmente proibido. Nem podia deixar de ser assim, porquanto larga margem de atividade lhe sobriaria até a consumação, sendo bem possível que desistisse em meio ao *iter criminis*. Ora, a desistência, como adiante veremos, anula a tentativa. Como, pois, alçar ao grau de tentativa punível a mera preparação?

73 — Na análise da materialidade dos atos que convergem para o evento criminoso, vislumbra-se, sob o aspecto objetivo: 1.º) início de execução; 2.º) não consumação. Sob o aspecto subjetivo, é preciso haver, da parte do agente, o propósito de conseguir o resultado.

Aprofundando-se, porém, um pouco mais naqueles dois elementos materiais da tentativa, vê-se que, para que esta ocorra, é indispensável que a não consumação seja independente da vontade do agente. Ele quer o resultado, que não sobrevém por circunstâncias inteiramente estranhas à sua vontade. Se, ao contrário, o resultado não foi obtido pelo agente por ter desistido do *iter criminis*, por ter paralisado o procedimento criminoso, deixará de haver tentativa: o acusado responderá, apenas, pelos atos que tiver praticado.

Um indivíduo, querendo matar outro, ultrapassou a fase da cogitação; ultrapassou, mesmo, a fase dos atos meramente preparatórios, e iniciou a execução. Mas interrompe deliberadamente a ação delituosa, desistindo de matar: não responderá por tentativa de homicídio. Se, porém, deu tiros, ou golpes, ferindo a vítima, responderá por lesões corporais — leves ou graves, conforme a hipótese.

Mas a questão de dizer quando é que houve desistência, de como saber que o agente desistiu de praticar o crime, é, às vezes, de difícil avaliação prática. É mister examinar bem as circunstâncias do caso. Não basta que o agente afirme não ter querido matar, que desistiu. As condições da ocorrência deverão revelar ter havido voluntária desistência. Se o agente, que não consumou o crime, se deteve involuntariamente — não desistiu. Não terá sido feliz, lá do seu ponto de vista criminal, na escolha dos meios, de que outro, mais hábil do que ele, teria lançado mão. Não caberá falar-se, porém, em desistência. Quando a esta se alude, para concluir não se haver caracterizado a tentativa, tem-se em apreço tão-só a nitidamente voluntária.

Um indivíduo, armado de revólver, persegue a vítima, desferindo tiros. Alguém lhe toma a arma. O agente não desistiu: se não chegou à consumação, foi por circunstâncias independentes da sua vontade. Praticou uma tentativa de morte. Outro exemplo: o agente dá diversos tiros na vítima. Prostra-a ao solo. Não esgota a munição da arma, por entender desnecessário gastar mais balas, uma vez que indubitavelmente já está morta a pessoa visada. Afasta-se do local, e a vítima levanta-se: apenas ficou ferida. Não houve desistência, mas, sim, tentativa.

É duplamente importante, no conceito de tentativa dado pela nossa lei, o elemento “por circunstâncias alheias à vontade do agente”: não só porque diz respeito ao fenômeno da desistência, senão também porque é atinente ao elemento subjetivo — o dolo — indispensável à existência de uma tentativa. Os exemplos alvitados para admitir a tentativa em crime culposos não convencem, em absoluto.

Realmente, quando se fala em circunstâncias alheias à vontade do agente, aludindo-se, portanto, à sua vontade, está se fazendo referência bastante clara à necessidade, para que haja tentativa, de que o agente queira obter a consumação. Deve agir ele dolosamente. Deve proceder com vontade consciente, para que responda por tentativa de crime. É preciso que tenha tido a intenção de conseguir um resultado mais grave do que aquele que realmente vem a conseguir.

A sua intenção pode ser direta ou indireta. Não é necessário que o agente queira, por exemplo, exclusivamente matar e não consiga o evento, para que se diga que praticou uma tentativa de homicídio. Ainda que ele queira alternativamente matar ou ferir e deixe de matar, ocorre, sob o aspecto subjetivo, a tentativa de homicídio. Não é, todavia, pacífica essa assertiva. Alguns escritores sustentam ser indispensável a direta intenção.

Conjugados, em nosso Direito, o art. 12, n.º II, que conceitua a tentativa, com o art. 15, n.º I, 2.ª parte, onde se prevê o dolo eventual, que se verifica se o agente assume, conscientemente, o risco de produzir o resultado, não se pode negar a configurabilidade de tentativa mediante o alternativo propósito de conseguir um dentre dois resultados igualmente prefixados à deliberação do agente. Mas o problema jurídico se reduz muito a uma questão de fato. Afastado o dolo

determinado (art. 15, n.º I, 1.ª parte), em que o agente visa um resultado preciso, freqüentemente haverá dúvida sobre se a suposta alternatividade do intuito não indica apenas a resolução de produzir o evento menos grave.

Parte Geral de 1984, arts. 14, n. II, e 18, n. I, 2ª parte

A tentativa é conceituada no art. 14, inc. II, do Código Penal, da seguinte maneira: “Diz se o crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”; já o dolo (direto ou eventual) vem tratado no art. 18, inc. I, que afirma ser doloso o crime quando o agente quis o resultado (dolo direto), e também quando assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual). Desta forma, a disciplina legal em torno de ambos os institutos não foi alterada pelo legislador de 1984, e tudo indica continuar sendo concebível a tentativa em hipóteses de dolo eventual. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo esclarece que a tentativa depende de uma intenção frustrada dirigida a um fim penalmente proibido (TOLEDO, 2001: 306); ao que tudo indica, pouco importa se esse fim compõe-se de um só resultado ou de dois resultados distintos, que se pretende atingir cumulativa ou alternativamente.

74 — Na tentativa, a atividade do agente é mais ou menos coroada de êxito, embora não alcance o resultado em mira; ele realiza atos — mais ou menos idôneos, mais ou menos hábeis — para obter o evento, que não atinge. Por isso, a sua tentativa é mais ou menos perfeita. E, em verdade, faz-se distinção doutrinária entre tentativa perfeita ou acabada e tentativa imperfeita ou inacabada. O nome pelo qual se designa comumente a tentativa perfeita é — crime falho.⁴

Pode ser que tenha o agente realizado tudo quanto estava ao seu alcance para obter a consumação. Pode ser que, ao contrário, ele não tenha exaurido, nos atos de execução, a sua potencialidade ofensiva, dirigida contra o bem jurídico. Admitindo, como é essencial para que haja tentativa, que a não consumação tenha sido involuntária, depara-se, na primeira face da alternativa, uma tentativa perfeita ou crime falho; e, na segunda, uma tentativa imperfeita.

O agente, por exemplo, quer matar o seu inimigo por meio de afogamento. Ciente de que o infeliz não sabe nadar, atira-o à corrente de um rio. Dentro desse exemplo, o criminoso não poderia fazer nada mais completo para tentar o homicídio. Se, não obstante, a vítima não perece, por circunstâncias alheias à vontade do agente, responde este por tentativa de homicídio. Será uma tentativa perfeita. Esse exemplo mostra que geralmente as tentativas — e está-se tratando das bem caracterizadas — são imperfeitas, porque raramente chegam ao extremo de

perfeição que a hipótese do afogamento malogrado descortina.

Imagine-se agora que, em tal exemplo, a vítima se livre da morte com o auxílio do agente. Ele se atira ao rio e salva-a. Já havia feito tudo quanto podia para matar. Resolve, porém, paralisar o *iter criminis* e o faz de forma decisiva. A tentativa estava perfeita e acabada. Entretanto, foi ainda possível, dadas as circunstâncias especiais do caso, imprimir um movimento inverso ao mecanismo causal do crime, que, assim, falhou. Essa contra-atividade, desenvolvida pelo agente para neutralizar a sua tentativa perfeita, chama-se arrependimento ativo, ou eficaz. *Pentimento operoso* ou *ravvedimento attuoso* — dizem os penalistas italianos.

O arrependimento ativo, em confronto com a desistência, é mais radical na interceptação do *iter criminis*. Tanto a desistência como o arrependimento,⁵ porém, fazem desaparecer a tentativa.

O arrependimento só é possível em relação ao crime falho. A desistência relaciona-se com a tentativa imperfeita. Há desistência quando o agente intencionalmente não esgota, na sua conduta, a materialidade do procedimento delituoso. Há arrependimento quando ele, já tendo realizado a série de atos necessários para consumir-se o delito, lhe impede a consumação.

O nosso Código equipara, todavia, para os efeitos penais, o arrependimento à desistência. Diz o art. 13: “O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

Parte Geral de 1984, art. 15

Por conseqüência, é também evidente que o Código não distingue, quanto à aplicação da pena, a tentativa perfeita da imperfeita. Outros estatutos realizam a diferenciação, para punir mais intensamente a tentativa perfeita, pelo fato de representar uma gradação mais avançada do que a tentativa imperfeita, na série dos atos executórios do crime. Mas, na prática, seria por vezes muito difícil separar as duas modalidades. À dificuldade atendeu o legislador ao optar pela equiparação.

O preceito refere-se à desistência na sua primeira parte: “O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime...”. Trata do arrependimento ativo na segunda, quando diz: “... ou impede que o resultado se produza”.

Outro exemplo de tentativa perfeita: com o intuito de matar a vítima, o agente propina-lhe um veneno. Arrependendo-se em seguida, ministra-lhe o adequado contra-veneno e poupa-lhe a vida. Não responderá por tentativa de homicídio. Será, porém, responsável pelo crime de lesões corporais — graves ou leves, conforme a hipótese — se o tóxico tiver causado danos físicos apuráveis. No exemplo da tentativa de homicídio por afogamento, o arrependimento ativo não isentará o acusado às penas estabelecidas para o delito de lesões corporais, se o ofendido se ferir — suponha-se na sua queda ao rio.

Atente-se, contudo, aos casos comuns de desistência: o agente dá tiros de revólver na vítima e voluntariamente cessa o *iter criminis*, resolvendo, em certo momento da atividade criminosa, não matar: não responde por tentativa de

homicídio, mas por lesões corporais — graves ou leves. Imagine-se, mesmo, que, em virtude da sua desistência, tenha o agente feito desaparecer a tentativa sem ao menos haver lesado levemente a vítima. Ainda ficará sujeito a penas, conquanto benígnas: o Código previu uma figura delituosa intitulada *perigo para a vida ou saúde de outrem* (art. 132) e há ainda a contravenção chamada *disparo de arma de fogo* (art. 28 da Lei das Contravenções).

A contravenção penal de disparo de arma de fogo não existe mais. Foi revogada tacitamente pela Lei n.º 9.437/97 que, em seu art. 10, inc. III, praticamente repetia a redação do art. 28 da Lei de Contravenções Penais, mas desta feita tipificando-o como crime, e não mais como contravenção. A Lei n.º 9.437/97, por sua vez, foi revogada pelo chamado Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826/2003), cujo art. 15 dá a disciplina jurídica atual da matéria nos seguintes termos: “Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade prática de outro crime”. A pena atualmente cominada para o crime de disparo de arma de fogo é de reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Fique bem claro que a desistência faz desaparecer a tentativa imperfeita, assim como o arrependimento ativo faz desaparecer a tentativa perfeita. Alguns escritores opinam que a desistência e o arrependimento não anulam a tentativa, mas somente lhe eliminam a punibilidade, devendo incluir-se entre outras causas de extinção de punibilidade previstas na lei, como a prescrição, o indulto, o perdão do ofendido nos crimes de ação privada, etc. É uma questão de palavras. A punibilidade, na hipótese, não se dá porque a tentativa, prestes a configurar-se, deixou de se integrar.

Uma razão de política criminal justifica a influência eximente atribuída à desistência e ao arrependimento. Há interesse social em que os crimes, iniciados, não cheguem à consumação. Amparando esse interesse, o legislador promete ao autor do acontecimento a impunidade dos atos executórios interrompidos voluntariamente, contanto que não constituam crimes por si próprios. Mesmo, porém, punido pelos atos de execução que perfaçam delitos autônomos, o agente se vê favorecido pela desistência ou arrependimento, pois não é alcançado pelas penas, mais graves, da tentativa do delito que objetivava.

LISZT escreveu, expressivamente, a propósito do assunto, que o legislador proporcionou ao delinqüente uma ponte de ouro, a fim de estimulá-lo a retroceder.

75 — A aplicação da pena, na tentativa, é disciplinada no parágrafo único do art. 12: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

Suponha-se uma tentativa de homicídio. O juiz precisa verificar qual a pena que aplicaria se a vítima tivesse morrido e, depois, diminuí-la de um a dois terços, para infligi-la ao agente.

Quando a lei diz — “salvo disposição em contrário”, está admitindo a possibilidade de que em algum caso, e mediante preceito especial, o legislador determine para a tentativa uma quantidade penal diferente, cominando, por exemplo, a própria pena do crime consumado. Assim, a Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965, igualou, na punição, os atos de “votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem”.

No campo da tentativa, duas correntes discrepam em diversos pontos, um dos quais é o de saber se a tentativa deve ser punida com pena menor ou com pena igual à do crime consumado. São as correntes objetivista e subjetivista.

Os partidários dessas duas doutrinas começam a digladiar-se a propósito dos fundamentos político-jurídicos da punição da tentativa. Os subjetivistas vêem como razão necessária e suficiente para punir-se a tentativa a manifestação da vontade do delinqüente, que é perfeita nessa entidade penal. Imperfeito é somente o desenvolvimento dos atos com que o delinqüente visa a consumação. Encarada sob o aspecto subjetivo, a tentativa traduz um delito bem definido. Se, para os subjetivistas, é a manifestação criminosa da vontade do agente que justifica a punição, afigura-se-lhes perfeitamente lógico que a pena atinja a *quantum* muito superior àquele que corresponderia aos atos realizados. Parece-lhes, em suma, natural que a pena seja a do delito consumado, apesar de não ter havido consumação.

Exemplo expressivo tem-se na chamada tentativa branca de homicídio. É aquela que não ocasiona ferimento algum. O agente desfecha tiros de revólver na vítima, que escapa ilesa. Os subjetivistas preconizam se imponham os vários anos de privação da liberdade que constituem a punição do homicídio, quicá a pena de morte, apesar de não ter havido dano à integridade física.

Para os objetivistas, o que justifica a pena da tentativa — sempre relativamente elevada, em cotejo com a que se aplicaria aos meros atos de execução representativos de infrações autônomas — é o perigo desencadeado pela ação do delinqüente, perigo apreciado em concreto através dos atos que põe em prática.

Coerentes com a sua doutrina, os objetivistas entendem que, não se tendo concretizado em dano o perigo, porquanto na tentativa o delinqüente não realiza o que tinha em vista, a pena respectiva deve ser menos elevada que a do crime consumado.

O nosso Código adotou a teoria objetivista. Estatuiu que a pena é diminuída de um a dois terços em relação à do crime consumado. Essa é a diretriz preferida nas legislações.

76 — Outro assunto sobre o qual divergem objetivistas e subjetivistas é o chamado delito impossível, expressão equivalente a tentativa impossível ou tentativa inidônea.

O Código dispõe a respeito no art. 14, dizendo: “Não se pune a tentativa,

quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime (arts. 76, parágrafo único, e 94, n.º III)”.

Parte Geral de 1984, art. 17

A disciplina do crime impossível é tratada no art. 17 do atual Código Penal que, seguindo na linha do Código de 1940, estabelece não ser punível a tentativa impossível quando o meio empregado para prática do crime for absolutamente inidôneo (crime impossível por inidoneidade absoluta do meio), ou ainda quando o objeto a que se destina a ação for absolutamente impróprio para a produção do resultado criminoso (crime impossível por impropriedade absoluta do objeto). No entanto, ao contrário do antigo estatuto, não se admite mais a aplicação de medida de segurança nesses casos. A esse respeito, veja-se os comentários no final deste capítulo.

Em certos casos, verifica-se que a tentativa não poderia de forma alguma chegar à fase da consumação. Apreciando-se o desenrolar do acontecimento, *a posteriori*, é forçosa a conclusão de que o delinquente não poderia obter o resultado visado, quer em face dos meios que empregou, quer em face de especiais circunstâncias atinentes ao escopo colimado. Delibera, por exemplo, matar alguém a tiros de revólver. Empunha a arma, aciona o gatilho, mas a arma está descarregada. Não pode, desse modo, tornar-se homicida. Ou quer matar com um veneno. Engana-se no momento de propinar a substância e, imaginando estar fornecendo arsênico, faz a vítima tomar açúcar. A tentativa é completamente impossível.

Outro exemplo. O agente, querendo eliminar certa pessoa, arma-se de revólver e aproxima-se do leito onde a vítima está deitada. Desfere nela tiros e depois verifica que alguém se antecipou na execução do homicídio. O seu revólver foi disparado contra um cadáver: a tentativa revelou-se impossível.

Mais um exemplo. Uma parteira pratica manobras abortivas em determinada paciente, tentando, assim, executar o crime de abortamento. Apura-se que a paciente, em contrário às aparências, não se achava grávida. A tentativa foi impossível. A impossibilidade emana, mesmo, de substancial razão jurídica, pois a figura delituosa do abortamento reclama uma gestante. Como bem observou GARRAUD, aludindo à falta de elementos da infração, não há hipótese mais expressiva de impossibilidade que a de direito. Aliás, BELING deixou ver, com a sua teoria da tipicidade, que, amiúde, o que falta é o núcleo peculiar ao crime, típico dele, não havendo então como punir.

Nesses vários exemplos há diversidade de situações. Em alguns casos a impossibilidade decorre dos meios empregados pelo agente. Em outros evidencia-se

pela natureza do objeto a que se dirige a conduta criminosa. Quem, para assassinar, empunha uma arma de fogo descarregada, está usando meio ineficaz, inidôneo. A tentativa é impossível por inidoneidade do meio empregado. Se tiros são detonados contra um cadáver, não existe inidoneidade do meio empregado, mas o objeto é impróprio, porque constitui condição essencial do homicídio a de ser cometido contra pessoa com vida, que possa ser vitimada pelo delito.

Esclarecido que a impossibilidade da tentativa pode decorrer do meio empregado ou do fim visado, é preciso ajuntar que tanto a concernente ao meio, como a concernente ao fim ou objeto do crime, pode ser relativa ou absoluta. Diz-se que a impossibilidade é absoluta quando, nas condições verificadas, o crime de forma alguma poderia consumir-se. Diz-se relativa quando, a despeito de não ter havido consumação, esta não era de todo impraticável. No que se refere ao meio, tem-se que é absolutamente inidôneo quando não possui eficácia alguma para a consecução do objetivo criminoso. Quanto ao fim ou objeto, a impropriedade é absoluta se o objeto da infração não existe ou lhe falta alguma qualidade indispensável para constituir-se o delito.

Considera-se de impossibilidade absoluta o caso de tentativa de homicídio cometida com revólver descarregado. Se, porém, o agente empregar arma carregada, que não detone por apresentar o seu mecanismo um defeito, em virtude do qual falhe o tiro, dir-se-á que a impossibilidade é relativa.

É característico de absoluta impossibilidade o exemplo de quem tenta matar com substância inofensiva, que supõe tóxica. Será, contudo, relativamente impossível a tentativa, se o delinquente empregar substância realmente tóxica, mas em quantidade insuficiente para matar.

A distinção, todavia, mostra-se extremamente difícil em certos casos. Se o agente, usando um revólver em perfeito estado de funcionamento, fizer disparos, a alguns quilômetros de distância da moradia da vítima, tentando matá-la em casa, ninguém se animará a achar apenas relativamente impossível essa absurda tentativa. Será, certamente, considerada absoluta a impossibilidade. Mas suponha-se que o agente vai, a pouco e pouco, diminuindo a distância dos disparos. Chegará um instante em que não se saberá se o seu ato continuaria a ser inócuo para a pretendida vítima. Será muito difícil fixar esse momento em que, de absoluta que era, a impossibilidade passa a ser relativa.

Igualmente, no exemplo do envenenamento, o agente pode usar de uma substância lesiva à saúde, a que se deva, com rigor científico, chamar veneno. Utiliza-a, no entanto, em quantidade tão irrisoriamente diminuta, que não mataria uma simples cobaia, quanto mais uma criatura humana. Não se há de dizer relativa essa impossibilidade. Mas o exemplo se altera e a dose agora é um pouco maior, embora incapaz de produzir a morte. Sendo sucessivamente aumentada, não será fácil precisar em que momento a impossibilidade absoluta se transmutará em relativa.

Um punquista, num dos pontos de ônibus da cidade, tenta empalmar a carteira alheia. Realiza o suave assalto e tem a decepção de encontrar vazio o bolso inspecionado. A impossibilidade é absoluta, por falta de objeto. Figure-se, porém, que a carteira existia e estava recheada. Mas era guardada em outro bolso que não o

varejado pelos ágeis dedos do larápio. Opinar-se-á que a impossibilidade é relativa. Mas, para a avaliação da responsabilidade do agente, não apresenta razoável significado moral a circunstância de se encontrar a carteira em diferente bolso. Pequenas circunstâncias modificam, pois, as condições de punibilidade do acontecimento, sem convencer plenamente da justiça da orientação preferida. É que, sem dúvida, a distinção entre impossibilidade relativa e absoluta se torna por vezes extremamente dificultosa e patenteia-se artificial, em muitos casos.

Essa distinção foi trazida pelos partidários da corrente objetiva. Acentuaram os seus propugnadores, entre os quais sobressaíram FEUERBACH, MITTERMAIER e CARRARA, que só a tentativa absolutamente impossível deveria escapar à punição. Nessa hipótese — argumentavam — nenhum perigo ocorreria para o interesse jurídico protegido pela lei penal, não se justificando, pois, a imposição de pena, a qual — para eles — teria como único fundamento na tentativa o perigo resultante, em concreto, da atividade do sujeito ativo. *Pericolo corso* — frisava, significativamente, o ilustre chefe da Escola Clássica italiana.⁶

Os subjetivistas, com VON BURI, não conferindo importância decisiva à materialidade do acontecimento criado pela ação do agente e preocupando-se com a manifestação da sua vontade criminosa, combateram a citada distinção, reclamando penas para todos os casos em que se tivesse externado nitidamente, através de atos executórios, a intenção de delinquir. Pouco importa — alegavam — que o delinquente não tenha atingido o seu escopo por absoluta impossibilidade, se a sua vontade má se exteriorizou integralmente, com toda a perfeição. Impossibilidade — acrescentavam — é sempre impossibilidade. Refoge à realidade classificá-la em relativa e absoluta.

A concepção dos subjetivistas, que denota o cuidado de coibir a periculosidade, seduz, à primeira vista. Parece atender melhor às exigências da justiça. Em certos casos, porém, a impossibilidade é tão flagrantemente absoluta e a tentativa se apresenta de tal modo ridícula na sua inviabilidade, que o aplicador da lei penal relutaria, com escrúpulo, em impor pena. Imagine-se que, tomado de ira e resolvido a matar o seu desafeto, o agente apanhe de sobre a mesa, na semi-obscuridade de um aposento, um revólver de brinquedo, desses que bem imitam as armas autênticas. Não é justo mandá-lo para o cárcere, por muitos e muitos anos, por ter dado ao gatilho nesse instrumento de diversão infantil.

Considerações semelhantes a essas produziram uma evolução no pensamento dos subjetivistas. E, com GAROFALO à frente, passaram a excetuar da aplicação da pena certas hipóteses em que, malgrado a manifestação inequívoca da vontade criminosa, a materialidade da ação indicasse erro grosseiro do agente, crasso desconhecimento das leis naturais — ou mesmo superstição inofensiva, como, por exemplo, se o agente intenta matar ministrando à vítima uma beberagem sórdida, mas inocente: água com terra de cemitério... Imagina, credulamente, que vai matar.

GAROFALO alvitra resolver-se o problema pela avaliação da temibilidade, que manifestamente não se apura em certos exemplos de tentativa radicalmente impossível. Mesmo por esse critério, contudo, a solução não se mostra simples. No exemplo dos disparos impossíveis com revólver de brinquedo, o agente mataria se o revólver fosse de verdade. No exemplo dos tiros dados a longa distância, o encurtamento desta vai denunciando, mais e mais, a possibilidade da tentativa. A

parteira que tentou fazer abortar mulher que não é gestante, escapando à punição, executará o crime, no dia seguinte, com paciente em condições fisiológicas adequadas.

Para solução, já foi lembrado outorgar-se, na lei, ao magistrado criminal, bastante flexibilidade de ajuizamento das variadas hipóteses, concedendo-lhe a faculdade de irrogar ou deixar de irrogar pena, conforme as circunstâncias — levando em consideração a maior ou menor capacidade para o crime revelada pelo acusado e a importância mais ou menos acentuada do bem jurídico ameaçado pelo seu procedimento. Como quer que fosse, permitindo-se ao juiz impor penas, embora benignas, ainda que absoluta a impossibilidade da consumação.

Tal, no entanto, redundaria em conferir a determinadas situações de crime tentado um regime repressivo mais drástico que o do crime consumado: quando a substancial impossibilidade adviesse da atipia do fato, à luz do molde legislativo. Se, por exemplo, não se consegue punir o pretenso furto que o agente realize subtraindo a própria coisa, na suposição de que é alheia (crime meramente putativo), como punir a tentativa absolutamente impossível que ele fizesse para alcançar essa mesma coisa, com a intenção malograda de subtraí-la?

Assim, deve-se reconhecer que, em conformidade com a técnica moderna, é acertada a imposição de medidas de segurança ao autor comprovadamente perigoso de tentativa de todo impossível. Só cabe lamentar a parcimônia com que, nesse terreno, o nosso legislador se limitou à liberdade vigiada, cuja execução e cujo alcance têm sido e continuarão a ser problemáticos.

Há, com efeito, situações em que a tentativa impossível é apta a produzir intenso alarmar. O indivíduo que, no exemplo há pouco oferecido, tentou matar com açúcar, estava convicto de que a vítima ingeria arsênico. Admita-se que, para obter o veneno, ele se acumpliciou com o farmacêutico vizinho. Este, no momento de entregar-lhe o pó fatal, arrepende-se; mas, sem coragem para confessar-lhe a deserção, fornece-lhe açúcar. A tentativa, de tal jeito perpetrada, é incapaz de alcançar a *meta optata*, mas está longe de ser ridícula a ponto de dispensar toda providência de defesa social.

O professor DONNEDIEU DE VABRES, de Paris, lembra um caso judiciário para realçar a gravidade de certas tentativas absolutamente impossíveis. O criminoso Laurent tentou matar o próprio pai, a tiros de fuzil. Precavidamente, o progenitor desse celerado havia, pouco antes, descarregado a arma...

Em nosso meio, o professor SOARES DE MELLO, em monografia anterior ao Código [1940] vigente, sugeriu que se erigisse o delito impossível em crime autônomo, e posteriormente, também em livro sobre o assunto, ÁLVARO SARDINHA propôs que se punisse a tentativa impossível quando o sujeito ativo denotasse periculosidade, aplicando-se-lhe pena menor que no caso da tentativa possível.⁷

O nosso Código acolheu a tese objetivista ao decidir sobre o regime penal da tentativa impossível. Só se pune a tentativa relativamente impossível — como se vê, claramente, do texto do art. 14. De certo modo, entretanto, a lei realizou uma transação com a doutrina contrária, ao determinar a aplicação de medida de segurança, consistente em liberdade vigiada, se a tentativa absolutamente impossível traduz periculosidade do agente. Tal inferência resulta dos dispositivos a que o art.

14 faz remissão: os arts. 76, § único, e 94, n.º III. Cabe ao juiz syndicar se, no comportamento anti-social isento de pena, o autor do fato se revelou perigoso. Se for afirmativa a sua conclusão, impor-lhe-á aquela medida de segurança, e durante determinado lapso de tempo o acusado deverá ser vigiado pela Polícia ou pelo órgão a que, no futuro, se atribuir a prática dessa providência defensiva, sobre a qual dispõem vários preceitos do Código de Processo Penal.

Parte Geral de 1984, arts. 17 e 96 e ss.

Na Parte Geral de 1984, o crime impossível tornou-se totalmente irrelevante para o Direito Penal. Isso quer dizer que, verificado tratar-se de tentativa que não se consumou por absoluta impropriedade do meio ou inidoneidade do objeto, o agente não receberá pena, nem tampouco medida de segurança. Isso porque a Parte Geral de 1984 reservou as medidas de segurança exclusivamente para os imputáveis (Exposição de Motivos n. 87), nas hipóteses em que pratiquem fatos definidos em lei como delitos, e desde que revelem periculosidade. Dessa forma, pode-se dizer que a teoria objetivista prevaleceu completamente.

Assim, mesmo que determinado agente demonstre inequivocamente periculosidade, não se lhe imporá medida de segurança “sem a prática anterior de um fato típico e ilícito” (PRADO, 2002: 603). E, assim, “por força de respeito ao princípio geral de que não haverá aplicação de medida de segurança a não ser por fato previsto como crime”, é de se concluir, forçosamente, que à medida de segurança deve preceder a prática de conduta típica e ilícita, “o que inócorre na hipótese de tentativa inidônea” (REALE JR., 2002: 311). Não era esse o tratamento da matéria no Código de 1940: os arts. 76, parágrafo único, e art. 94, inc. III, a que faz referência Basileu Garcia, permitiam a aplicação da medida de segurança de liberdade vigiada ao agente (imputável ou não) que, por meio da tentativa inidônea, revelasse periculosidade. Sobre as medidas de segurança e seu atual regramento, ver o Capítulo XVII.

Referências

BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CALLEGARI, André Luís. A tentativa e o crime impossível no Código Penal Brasileiro. In: _____. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FONSECA, Jorge Carlos de Almeida. *Crimes de empreendimento e tentativa*. Coimbra: Almedina, 1986.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *Tentativas y formas de autoria*. Madrid: Edisofer, 2001.

MORENO, Juan Carlos Campo. *Los actos preparatorios punibles*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. v. I.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.

_____. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

- 1 Bibliografia sobre o instituto da tentativa: LUIGI SCARANO, *Il tentativo*, Nápoles, 1952; JORGE FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, 1944; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El "iter criminis" y la tentativa (a propósito de la monografía de Jorge Frías Caballero)*, em *El criminalista*, Buenos Aires, 1944, 4.º vol., pág. 199; OTTORINO VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milão, 1952; ALFONSO HERRERA GUTIÉRREZ, *Los grados en la vida del delito*, em *Criminalia*, México, 1941-42, abril, pág. 503; JOSÉ PECO, *La tentativa en el Código Penal argentino*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1939, vol. 15, pág. 1; TULLIO DELOGU, *La struttura del reato tentato*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1937, pág. 551; GIULIO BATTAGLINI, *Le circostanze relative all'entità del danno in tema di tentativo*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1936, pág. 670, e *Sul concetto del tentativo*, na mesma revista, 1935, pág. 417; E. MEZGER, *Il tentativo*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, parte 2.ª, coluna 287, com abundante menção da literatura germânica acerca da matéria; idem, no *Tratado*, trad. esp., Madri, 1946, 1.º vol., pág. 211; GENNARO ESCOBEDO, *In tema di tentativo*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, parte 2.ª, nota à coluna 1.203; GIULIO PAOLI, *Valore del danno nel tentativo*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1935, pág. 671; ALFREDO DEL VECCHIO, *La nozione generale del tentativo ed i motivi della stessa nel sistema del nuovo Codice Penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1934, parte 1.ª, pág. 230; VINCENZO CAVALLLO, *Il delitto tentato*, Nápoles, 1934; PIETRO MIRTO, *Il conato punibile secondo il nuovo Codice Penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1942, parte 1.ª, pág. 51; FERNANDO PUGLIA, *Da tentativa*, trad. port. de OTÁVIO MENDES, Lisboa, 1914, 3.ª edição; CESARE CIVOLI, *Del tentativo*, na Enciclopédia de PESSINA, Milão, 1904, 5.º vol., pág. 193; F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, nos *Opuscoli*, Florença, 1898, 1.º vol., pág. 351; no mesmo volume, *Tentativo nel impeto*, pág. 329, e *Un caso speciale di tentativo*, pág. 633; COSTANTINO CASTORI, *Il tentativo*, no *Trattato*, de COGLIOLO, Milão, 1889, 1.º vol., parte 3.ª, pág. 312; S. RANIERI, *Tentativo nel reato complesso*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1949, parte 2.ª, pág. 509; F. MENDES PIMENTEL, *Fases do crime*. *A tentativa*, na *Revista Forense*, Belo Horizonte, 1918, vol. 29; também, na coletânea de trabalhos F. Mendes Pimentel, jornalista e político, professor, jurista, Rio, 1949, pág. 160; TELLES BARBOSA, *A tentativa em face do novo Código Penal*, São Paulo, 1946, 2.ª edição; HAECKEL DE LEMOS, *Do crime consumado, da tentativa e do delito impossível*, em *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, São Paulo, 1942, 3.º vol., pág. 92; GALDINO SIQUEIRA, *Crime consumado, tentativa e imputabilidade em face ao novo Código Penal*, na *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, Rio, 1941, vol. 135, pág. 7; ROBERTO LYRA, *Origem e evolução do instituto da tentativa*, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1939, vol. 24, pág. 201; CASTRO RODRIGUES, *A tentativa — doutrina, legislação e jurisprudência*, São Paulo, 1932, 2.ª edição; JOÃO ARRUDA, *Da tentativa*, na *Revista da Faculdade de*

Consultem-se, ainda, FRANCESCO CARNELUTTI, *Tentativa di chiarire il concetto del tentativo*, na *Rivista italiana di Diritto Penale*, Milão, 1953, pág. 673, e LUIGI SCARANO, *Punti fermi nella nozione di tentativo*, em *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1954, pág. 687; M. SINISCALCO, *Premesse ad un'indagine sul delitto tentato*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1957, pág. 329; BIAGIO PETROCELLI, *Il delitto tentato*,

Pádua, 1955; WALTER WEFERS, *La tentativa y el principio "nullum crimen sine lege"*, na *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Madri, 1956, pág. 795; EDUARDO NOVOA MONREAL, *El proceso de generacion del delito — tentativa y delito imposible*, Concepcion, Chile, 1963; GIOVANNI BRICHETTI, *Il delitto tentato — indagini*, Nápoles, 1963; ALCIDES MUNHOZ NETTO, *Da tentativa no Código Penal Brasileiro*, Curitiba, 1958; E. MAGALHÃES NORONHA, *Questões acerca da tentativa*, em *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*, Rio, 1962, pág. 235; JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *Tentativa*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1965, n.º 9, pág. 147, e na revista *Justitia*, São Paulo, 1967, vol. 56, pág. 77; RICCO HARBICH, *O problema da tentativa na teoria do delito*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1977, vol. 503, pág. 259.

2 Para conhecimento das várias teorias, leia-se, especialmente, JORGE FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, 1944, págs. 67 e segs. Sobre o assunto, ver também o artigo de DOMENICO MILILLO, *Atti preparatori ed atti esecutivi nel tentativo punibile*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1930, parte 2.ª, pág. 338. Na literatura brasileira, há uma síntese excelente em NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1949, 1.º vol, pág. 254.

3 Ao inverso, conquanto certas figuras contravencionais, em face da definição que o texto lhes confere, impliquem numa atividade que comportaria tentativa, foi estabelecida, como princípio absoluto, a impunidade da tentativa de contravenção (art. 4.º do estatuto respectivo). Furtou-se o legislador a exagerada preocupação repressiva. Trata-se de ocorrências de pequena monta, com penas sempre mitigadas. Reduzi-tas, de um a dois terços, torná-las-ia insignificantes. Além disso, a contravenção é fato de perigo que, em geral, dispensa a efetivação de resultado concreto — e a tentativa tende a um resultado objetivamente apreciável.

4 Ver F. ANTOLISEI, *Osservazioni critiche sul concetto del delitto mancato*, na *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Milão, 1912, parte 1.ª, pág. 129; e *Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato*, na mesma revista, 1911, parte 1.ª, pág. 321.

5 Cons.: CARLO ERRA, *La desistenza volontaria nel tentativo*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1937, pág. 760; ALBERTO DOMENICO TOLOMEI, *Il pentimento nel Diritto Penale*, Turim, 1927; EUGENIO FLORIAN, *Recesso dal delitto e riparazione degli effetti dello stesso, dopo evvenuta la consumazione (pentimento operoso)*, na *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Milão, 1910, parte 1.ª, pág. 321; SALVATORE MESSINA, *La desistenza volontaria come causa di esclusione della capacità a delinquere*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1954, pág. 11; VALDIR DE ABREU, *A tentativa branca de homicídio e a desistência voluntária da reiteração de tiros*, na *Revista Forense*, Rio, 1957, vol. 170, pág. 501; ROQUE DE BRITO ALVES, *Desistência voluntária e arrependimento eficaz*, Recife, 1959.

6 Dizia o mestre pisano: "Il pericolo corso è la base della imputazione del tentativo" (F. CARRARA, *Programma*, § 97).

7 JOSÉ SOARES DE MELLO, *O delito impossível*, São Paulo, 1936; ÁLVARO SARDINHA, *A tentativa impossível*, Rio, 1941. Ainda a propósito do tema, ROBERTO LYRA, *Crime impossível*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 14.º vol., pág. 1. Outros trabalhos especializados, na doutrina européia: FRANCESCO ALIMENA, *La questione dei mezzi idonei nel tentativo*, Roma, 1930; ANDRÉ BESSON, *Le délit impossible*, na *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1929, pág. 332; OTTORINO VANNINI, *Reato impossibile*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1954, pág. 473; GUIDO NEPII MODONA, *Il reato impossibile*, Milão, 1965; RUPERTO NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963; OSWALDO HAMILTON TAVARES, *Do crime impossível*, na revista *Justitia*, São Paulo, 1972, vol. 78, pág. 149.

IX

A CULPABILIDADE

Sumário

77 — O elemento subjetivo. 78 — Dolo: teorias da vontade e da representação. 79 — Evolução do conceito de dolo. Psicologismo e normativismo. 80 — Nomenclatura: determinado e indeterminado, alternativo e eventual, de perigo, específico. 81 — Culpa: conceito prático da lei e o das teorias antagônicas. 82 — Razão da punibilidade dos delitos culposos. Inclusão expressa e excepcional nas figuras legais. 83 — Estrutura dos delitos culposos. A previsibilidade. 84 — Culpa consciente. 85 — Compensação e culpa indireta. 86 — Da culpa ao caso fortuito. 87 — Preterintencionalidade. 88 — Súmula do elemento subjetivo. 89 — Erro de direito. 90 — Erro de fato, essencial ou acidental. 91 — Delito putativo. 92 — Justificação putativa. 93 — Erro culposo, o determinado por terceiro, o referente ao objeto ou à pessoa, a *aberratio ictus*. 94 — O elemento subjetivo das contravenções.

Introdução

De todos os capítulos deste primeiro tomo das *Instituições de Direito Penal*, este é o que mais conheceu novidades legislativas e doutrinárias. Por essas razões, os textos de atualização deste capítulo serão um pouco mais extensos que os dos demais. Além das pequenas notas de atualização, espalham-se pelo capítulo quatro textos mais extensos, que cobrem pontos fundamentais nele tratados: a culpabilidade, o dolo, a culpa e a doutrina do erro (de tipo e de proibição).

A despeito de alguns desses assuntos não serem hoje em dia tratados sob a rubrica da

culpabilidade, optamos por abordá-los neste capítulo para o bem da integridade da obra original. Desta forma, o leitor deverá debruçar-se sobre o texto original e as notas de atualização deste capítulo com a constante lembrança de que muitos dos assuntos aqui tratados não são mais vistos como pertencentes ao âmbito da culpabilidade. Assim, o dolo e a culpa são hoje tratados como elementos subjetivos do tipo penal; já a doutrina do erro dividiu-se em erro de proibição, pertencente à culpabilidade, e erro de tipo, afeto à tipicidade.

77 — A culpabilidade¹ é o nexu subjetivo que liga o delito ao seu autor. Reveste, no Direito brasileiro, as formas de dolo e culpa. Este último vocábulo emprega-se em sentido restrito, que é o mais usual, e em sentido amplo, para designar, *in genere*, a culpabilidade.

Decomposto idealmente o delito nos seus dois elementos — o subjetivo, também chamado psíquico ou interno, e o objetivo, também denominado material, físico ou externo — a culpabilidade integra o primeiro desses elementos, coincide com ele. “Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu* — acentua a *Exposição de motivos* do nosso Código — nenhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso haverá presunção de culpa”.

Veremos que esse louvável propósito de intensa subjetivação do Direito repressivo não foi, em verdade, tão religiosamente seguido pelo nosso estatuto, quanto o fariam crer tais frases do Ministro da Justiça.

A teoria penal da culpabilidade conheceu amplas e profundas mudanças nas últimas décadas. É praticamente unânime a opinião de que esta não mais se configura como “nexo subjetivo que liga o delito ao seu autor”, e nem mais se compõe dos elementos do dolo e da culpa, como Basileu Garcia tratará neste capítulo.

A concepção da culpabilidade como elemento subjetivo que liga o autor ao fato é hoje chamada de conceito psicológico de culpabilidade. Reputa-se tal concepção oriunda “da corrente jurídica do Positivismo científico” (JESCHECK, 1999), na medida em que buscava separar, na estrutura do delito, os dados comportamentais da conduta criminosa que tivessem manifestação externa e empiricamente apreciável daqueles outros que pertenceriam à psique do agente, apenas acessíveis pela via indireta da observação comportamental. Dessa forma,

todos os dados do comportamento delituoso que não fossem externamente observáveis, mas apenas verificados a partir do comportamento do agente, eram separados dos demais elementos do delito e agregados sob a rubrica da culpabilidade. Eis o porquê de, por essa visão, os elementos subjetivos mais evidentes da conduta — o dolo e a culpa — pertencerem à culpabilidade.

A concepção psicológica da culpabilidade trabalhava com um fosso separador no conceito jurídico de crime. De um lado, havia os elementos da conduta criminosa reputados objetivos: aquilo que hoje chamamos de tipicidade e antijuridicidade, elementos estes que nem sempre aparecem claramente delineados nos autores que trabalhavam com a culpabilidade psicológica. De outro lado, os elementos subjetivos — “psicológicos” — da conduta: o dolo e a culpa, conhecíveis a partir da observação e interpretação da conduta externada pelo agente. É o dualismo que Basileu Garcia apresentou entre elemento subjetivo (“psíquico ou interno”) e elemento objetivo (“material, físico ou externo”) do delito, com o qual boa parte da doutrina contemporânea ainda trabalha, conscientemente ou não. Não é por acaso que ainda hoje se vê com frequência a idéia de que a culpabilidade não integra a figura jurídico-penal do delito, mas apenas serve de pressuposto da pena.

O avanço do neokantismo sobre a dogmática penal, que com o passar do tempo levaria ao predomínio da doutrina finalista da ação, obrigou à revisão esse dualismo objetivo-subjetivo a partir do qual se configurara até então a estrutura jurídica do delito. A leitura do capítulo mostrará o quanto Basileu Garcia viveu esse turbilhão de idéias, em que se chocavam a visão tradicional da culpabilidade, de um lado, e, de outro, novas concepções normativas do instituto, inauguradas a partir da doutrina de Reinhard Frank, de 1907, que a conceituavam não como mero vínculo subjetivo entre autor e fato criminoso, mas como o conjunto dos elementos que implicavam a reprovabilidade da conduta. Dessa forma, a culpabilidade que daí surgiu — a chamada culpabilidade normativa — “visou estabelecer um juízo de reprovação, referindo a vontade do agente à vontade da lei, valorando o comportamento concretamente individualizado e situado” (REALE JR., 2002: 179).

A concepção normativa da culpabilidade — culpabilidade como reprovabilidade — implica, assim, um juízo de aprovação ou desaprovação que recai sobre a conduta penalmente injusta (típica e antijurídica). O desenvolvimento dessa matriz de pensamento, neokantiana em suas raízes, terminou por consagrar a fórmula de que a culpabilidade seria um juízo de reprovação pelo agir contra a norma penal, quando era possível agir em conformidade com ela. Nos dizeres de Juarez Tavares, para essa teoria, “a culpabilidade é vista como a somatória de componentes que fundamentam, frente ao agente, a reprovação

pessoal da conduta injusta” (JUARES TAVARES, 1980: 45). Dessa feita, culpabilidade seria não mais o conjunto de elementos psicológicos da ação — dolo e culpa, nesse ponto já deslocados para tipicidade pela doutrina finalista —, mas, sim, um instrumento intelectual que permitiria avaliar a reprovabilidade da conduta perpetrada em desconformidade com os mandamentos da legislação penal, composta por elementos não só psicológicos mas também normativos. Assim, não agiria com culpabilidade aquele que atuasse sob erro de proibição invencível, já que este afasta o conhecimento, mesmo potencial, de ilicitude da conduta praticada. Tampouco agiria culpavelmente aquele que, em face das circunstâncias concretas do fato, fosse reconhecido em situação de inexigibilidade de outra conduta.

Dado o caráter de reprovabilidade dessa concepção de culpabilidade, a sua verificação passou a depender da possibilidade real de o agente assimilar os mandamentos advindos da norma penal, bem como de se portar de acordo com estes. Por essa razão, entendeu-se que a imputabilidade, vista como capacidade de compreensão da ilicitude da conduta, bem como possibilidade de autodeterminação de acordo com essa compreensão, seria pressuposto da culpabilidade.

A essa doutrina normativa, que, segundo Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, hoje prevalece no direito penal latino-americano (MUÑOZ CONDE, 1988: 134), Basileu Garcia pareceu acenar com alguma simpatia, como se verá adiante, asseverando que seria vantajoso “intercalar no dolo um índice valorativo, como a consciência da antijuridicidade, capaz de vitalizar no sentido ético essa forma do elemento subjetivo”. Ele mesmo apresentou sua visão da culpabilidade normativa, na nota de rodapé n.º 182, em meio a elogios a seus principais formuladores. Contudo, em face do Código Penal vigente em seu tempo, não viu como aproveitá-las no Direito penal brasileiro, uma vez que o diploma de 1940 não fazia qualquer menção ao elemento da consciência da antijuridicidade no âmbito da culpabilidade. Concluiu, dessa forma, que “a teoria psicológica venceu”.

Já não é assim hoje, em face do Código Penal de 1984. Tome-se como exemplo o art. 59 do Código, que manda ser a pena calibrada em face da culpabilidade do agente, entre outros elementos. Ora, a concepção de culpabilidade como algo graduável é própria das correntes normativas. Com efeito, só faz sentido falar-se em possibilidade de graduação caso se compreenda a culpabilidade como juízo de reprovabilidade: a conduta poderá ser mais ou menos reprovável e, assim, o agente irá atuar com maior ou menor culpabilidade (PRADO, 1999: 128). Ou seja, na medida em que o Código em vigor estabelece a culpabilidade como algo graduável, não há como conceituá-la como dolo.

A maioria da doutrina nacional abraçou esse conceito normativo de culpabilidade. No entanto, é preciso registrar que, mesmo sendo ele ainda hoje predominante, a culpabilidade assim conceituada vem sofrendo críticas contundentes na doutrina estrangeira, que alguns autores nacionais já assimilaram e, por isso, reformularam em parte seus pensamentos. O centro nevrálgico dessas críticas reside no fato de o “poder agir de modo diverso”, que é o núcleo da culpabilidade normativa, ser algo pouco preciso e, no mais das vezes, indemonstrável. “A capacidade de se poder atuar de modo diverso daquele como realmente se atuou” é, para Muñoz Conde, “fato em que se pode acreditar, mas não se pode demonstrar” (MUÑOZ CONDE, 1988: 127). A culpabilidade assim definida implica, ademais, a aceitação do livre-arbítrio humano, um postulado filosófico que hoje se tem como improvável e, por isso, tem sido polemizado enquanto fundamento do conceito jurídico-penal que importa a dosagem da pena (HIRSCH, 1995: 186; JESCHECK, 1999: 178 e ss.). Procurando fugir dessas dificuldades, Roxin propõe um conceito de culpabilidade bastante distinto: “a culpabilidade, para o direito penal, é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer” (ROXIN, 2004: 52). Sua função seria limitar o máximo de pena aplicável ao agente, e não servir de seu fundamento: este seria dado pelas necessidades preventivo-gerais e, sobretudo, preventivo-especiais verificadas no caso concreto (ROXIN, 1999: 190 e ss.).

Como se pode perceber, a culpabilidade assim conceituada ganha contornos preponderantemente, senão exclusivamente, funcionais. Porém, dadas as profundas raízes que criou na dogmática penal a concepção normativa da culpabilidade, muitos autores rejeitam essa pretensão, insistindo em emprestar-lhe contornos de reprovação ética. Contudo, a crítica referente à indemonstrabilidade do poder agir diversamente tem sido razoavelmente assimilada, e alguns autores têm revisto em parte suas teorias nesse sentido. Como exemplo, cite-se Reale Jr., que, “reconhecendo a impossibilidade de determinação do poder agir diversamente”, modificou seu pensamento anterior, sem, contudo, abandonar a idéia normativa de culpabilidade como reprovabilidade (2002: 188-189).

Reale Jr. distingue três elementos na culpabilidade: (i) o conhecimento do tipo; (ii) a possibilidade de consciência da ilicitude; e (iii) o juízo de negatividade da opção contra o direito nas circunstâncias concretas do fato (2002: 188). A imputabilidade permaneceria como pressuposto da culpabilidade (2002: 189). A partir disso, define-a da seguinte forma: “a culpabilidade é um juízo ético sobre a validade ou não da opção contra o direito, não importando examinar a inexigibilidade de outra conduta” (2002: 189). O juízo de culpabilidade, portanto, seria uma “imputação moral” em face da ação reconhecidamente

típica e antijurídica (2002: 191). Essa imputação moral determinaria não só o merecimento da pena mas também a medida de sua aplicação em face das características concretas do fato e do agente.

Essa forma de ver a culpabilidade, significativamente diferente daquela com que trabalhava a doutrina psicológica, implicou a conceituação de novas causas de sua exclusão. As antigas “excludentes de criminalidade” foram, por assim dizer, redistribuídas entre os três elementos constitutivos do delito (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade). Dessa forma, algumas das circunstâncias que Basileu Garcia tratava como causas justificativas são hoje conceituadas como dirimentes de culpabilidade, algumas de suas dirimentes são hoje tratadas como excludentes de ilicitude, e assim por diante. Por isso, há assuntos que aparecem neste capítulo, mas cujos comentários de atualização apenas virão no capítulo seguinte.

Grande parte da doutrina nacional, que trabalha com a culpabilidade normativa (culpabilidade como reprovabilidade), conceitua as causas de sua exclusão como circunstâncias em que se reconhece não haver reprovabilidade da conduta. São hipóteses em que, mesmo havendo o agente violado a norma penal e agido antijuridicamente, reconhece-se a inexigibilidade de conduta diversa, por “impossibilidade de agir de outro modo” (PRADO, 2004: 404), ou como falta de merecimento de pena por parte do agente (REALE JR., 2002: 191). Como exemplos, podemos mencionar o erro de proibição, a coação moral irresistível e a obediência hierárquica. Para parte da doutrina, também o estado de necessidade, em algumas circunstâncias, conceituar-se-ia como dirimente de culpabilidade — o chamado estado de necessidade exculpante —, apesar de o Código de 1984 arrolá-lo entre as excludentes de ilicitude (art. 23, I). A doutrina do erro será tratada ao final do capítulo (após § 89), quando Basileu Garcia apresenta o erro de fato e o erro de direito. Cumpre aqui conceituar as demais causas de exclusão da culpabilidade.

Coação irresistível

O art. 22 do Código de 1984 diz que, “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Inicialmente, deve-se registrar que a coação irresistível pode ser de ordem física ou moral. A coação física exclui a ação em sentido penal, já que, na concepção teórica predominante no Brasil, esta pressupõe um sentido finalístico que lhe é imprimido pelo agente. Dessa forma, quando se fala em coação irresistível como circunstância que exclui a relevância penal de uma ação

em princípio delituosa, tem-se em mente a coação de ordem moral.

A dirimente da coação moral irresistível constitui-se da seguinte estrutura: “não é punível o fato cometido sob ameaça de sofrer ofensa certa, iminente e grave a direito seu, ou de alguém ligado por laços de afeição, não sendo a ação praticada nestas circunstâncias reprovável” (REALE JR., 2002: 197).

Dessa definição podem ser extraídas as suas principais características. Em primeiro lugar, a ofensa deve ser certa. Meras conjecturas não bastam para eliminar a reprovabilidade da ação. Além disso, deve ser iminente, já que a ofensa futura e distante perde o caráter intimidativo, não cabendo falar, em casos tais, em autêntica coação. Por fim, além de certa e iminente, a ameaça tem de ser grave. O pequeno risco não autorizará a exculpação, considerando-se reprovável a conduta do agente que, em vez de praticar o injusto penal, poderia, sem grandes implicações, suportar pequena lesão a direito seu.

Cumprir ressaltar que também considerar-se-á desculpada a ação em proveito de terceiros com quem o agente tenha ligações afetivas. A exculpação não exige, portanto, que o agente atue apenas em favor de direito seu: incidirá também a dirimente no caso de quem atue para proteger o direito de pessoas próximas, desde que preenchidos os demais requisitos da figura. Assim, por exemplo, o gerente que abre os cofres do banco para um grupo de assaltantes enquanto um membro da quadrilha guarda sua família refém, sob ameaça de morte, terá sua participação no delito exculpada.

Obediência hierárquica

A situação da obediência hierárquica é um tanto mais complexa, já que a sua classificação na teoria do delito não é tão pacífica.

Em primeiro lugar, é importante registrar que a ordem manifestamente *ilegal* não deve ser cumprida: o subordinado tem o dever funcional de recusar-se ao cumprimento de ordem que saiba ilegal. Se for forçado a cumprir uma tal ordem, eventualmente poder-se-á cogitar de coação moral, mas jamais de obediência hierárquica.

Contudo, se a ordem não é manifestamente ilegal, ela é, aos olhos do subordinado, legal, ao menos de princípio; e a ordem legal vincula o subordinado. Ele tem o dever de cumpri-la, sob pena de incidir em falta funcional ou mesmo em ilícito penal (prevaricação — Código Penal, art. 319). Assim, o subordinado só estará dispensado do cumprimento da ordem se ela for manifestamente ilegal, já que nas estruturas de direito público a ordem de agente estatal presume-se legal. Desse modo, em caso

de dúvida, deverá o subordinado cumpri-la: “mesmo que o inferior hierárquico tenha dúvida e possa questionar a legalidade, prevalece o dever de obediência” (REALE JR., 2002: 199).

Haveria, por conseguinte, dois lados da moeda: em um deles, a ordem é manifestamente ilegal e, assim sendo, o subordinado tem o dever de não cumpri-la; no outro, há dúvida quanto à legalidade da ordem, mas dada a presunção de sua legalidade, o subordinado tem o dever de cumpri-la. Por conseguinte, age o subordinado, nesses casos, em estrito cumprimento de seu dever legal, o que configura causa de exclusão de ilicitude (art. 23, III, 1ª parte). Por essa razão, permanece aceitável em face do Código de 1984 a opinião de Basileu Garcia, manifestada no próximo capítulo, de que a obediência hierárquica figura como excludente de ilicitude, e não causa de exclusão de culpabilidade. A ela adere expressamente Reale Jr.: “entendo correta esta classificação, na esteira de Basileu Garcia, pois o agente não resta no impasse criado por uma situação de necessidade. [...] Não havendo situação de necessidade, a opção em favor da ação delituosa não é de ser examinada como reprovável ou não” (2002: 198), de forma que “configura-se uma causa de exclusão de ilicitude” (2002: 200).

É de se registrar, contudo, que parte significativa da doutrina conceitua a obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade, divergindo de Reale Jr. e Basileu Garcia. Nesse sentido, Luiz Regis Prado: “Dentre todas as formas de obediência (política, doméstica, espiritual etc.), a única capaz de excluir a culpabilidade do agente é a obediência hierárquica” (2004: 412). Para os adeptos dessa corrente, permanece intacta a ilicitude do ato cometido por obediência hierárquica, havendo apenas de se falar em diminuição da pena pela menor reprovabilidade da conduta.

78 — Dolo, consoante o conceito de CARRARA, é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei. O ilustre clássico prestigiou a teoria da vontade, no célebre debate com a teoria da representação. Esta foi defendida especialmente pelos escritores alemães, entre os quais FRANK, LILIENTHAL e LISZT, que viam no dolo a mera consciência do nexo de causalidade entre a conduta e o evento. Repetindo uma das definições, o dolo seria a representação da importância do ato voluntário como causa.² Aliás, na Alemanha, a teoria da vontade teve os seus seguidores, como BINDING, HIPPEL, BIRKMEYER e BELING, assim como a da representação foi sustentada na Itália por IMPALLOMENI.

O leitor deverá ter em conta que o dolo, aqui apresentado sob a rubrica da culpabilidade, é tratado de forma unânime pela doutrina contemporânea como elemento pertencente à

tipicidade. Essa mudança tem raízes complexas e impactos profundos que, por isso, não poderiam ser adequadamente abordados por meios das pequenas inserções de atualização com que se optou por trabalhar nesta reedição. Por isso, todas as notas de atualização referentes ao dolo serão feitas em um único conjunto, seguidas da exposição que Basileu Garcia faz do tema, que vai dos §§ 78 a 80. Contudo, é importante consignar que a leitura do texto original das *Istituições* é, além de tecnicamente enriquecedora, também necessária para a compreensão do desenvolvimento da doutrina do dolo, já que as mudanças experimentadas pelo instituto dialogam diretamente com a visão aqui apresentada por Basileu Garcia.

Ao falar em intenção, CARRARA tinha em vista dois requisitos: inteligência e vontade. E pressupunha, no agente, condições psíquicas que lhe permitissem avaliar o ato a ser praticado. O dolo o faria passar, do estado geral de imputabilidade, nele produzido pela sua capacidade de entender e de querer, a um estado especial de imputabilidade, referente a determinado fato. A intenção, a que aludiu, resultaria “do concurso do intelecto e da vontade”, como ensinou no *Programma* e pormenorizou nos *Opuscoli*: “dizendo intenção, designo um ato da vontade iluminada pelo intelecto na sua relação com a ação”.

Já na teoria da representação, o elemento vontade não figura, e sim tão-só o aspecto inteligência. Há — é certo — um ato voluntário, mas o que constitui o dolo, conforme esse ponto de vista, é a previsão, a consciência, a compreensão de que o comportamento do agente vai gerar o resultado.

No consenso dos escritores contemporâneos e das legislações prevaleceu a teoria da vontade. Perfilhou-a o Código brasileiro, como o italiano. E há escritores positivistas que, não obstante a origem clássica dessa concepção, reconhecem que outra não se pode admitir no assunto, considerando mesmo superada a antiga discordância. Adverte-se que a representação do resultado não esgota o conteúdo do elemento psíquico, porque não passaria de atitude inerte do espírito; assim como a vontade, sem a previsão, seria praticamente impossível.

Realmente, não se pode conceber que alguém queira determinado evento sem ter-lhe a percepção prévia. A manifestação intelectual une-se à volitiva.

79 — Houve tempo em que à idéia do dolo se ligava indissolavelmente a de perversidade. É a época do *dolus malus*. Esse entendimento, delineado ainda na *prava intenzione* a que se referia CARMIGNANI, desapareceu de todo, pois não se contesta a existência de delitos em que o *animus* se associa a móveis elevados e até generosos, como no caso da eutanásia, ou homicídio piedoso.

O desígnio malfazejo, como traço próprio do dolo, cedeu lugar a outro característico: a antijuridicidade, ou contrariedade ao direito, ora como propósito do delinqüente, ora como simples estado de consciência. E aí se implanta uma distinção útil. Objetou-se que ordinariamente o criminoso não incorpora à sua deliberação anti-social o intuito de violar a lei, que ele preferiria não previsse o ato a ser cometido, sendo, assim, inadmissível definir o dolo, à moda de PUCCIONI, como a

intenção de violar livremente a lei. Já bem mais aceitável, sob esse aspecto, é o conceito carrareano, que, como se viu, não vincula a violação da lei ao elemento vontade, e sim ao elemento inteligência: o agente quer praticar um ato; e sabe que esse ato é contrário à lei.

Em substituição à fórmula — consciência da antijuridicidade, outras foram sugeridas, tais como consciência da imoralidade da ação, ou do desvalor social da ação, ou contrariedade ao dever. Unificou-as a invariável preocupação de assinalar na atitude psíquica do sujeito ativo a eiva de censurável rebeldia, que seria por si só bastante, sem que fosse necessário considerar ele o crime na sua ilicitude jurídico-penal.

Inúmeros penalistas, contudo, mantiveram-se irredutíveis em excluir da composição do dolo, não só a consciência da antijuridicidade, como também os demais atributos correlatos ou derivados: cingem o dolo à vontade consciente de praticar um ato que é criminoso. Note-se a particularidade: não um ato criminoso; mas um ato — e tal ato é criminoso. Nesse ângulo de observação, não se cogita do entendimento que o agente possa ter, ou não ter, acerca da ilicitude jurídica do fato, mesmo porque, acentuam, o Direito Penal se assenta sobre a base presuntiva do conhecimento geral da lei. O dolo vem a ser a vontade, que tem o agente, de praticar um ato, previsto como crime, consciente da relação de causalidade entre a ação e o resultado.

Esse é o ponto de vista chamado psicológico, que se satisfaz em fixar um nexo de causalidade espiritual. A outra concepção é a normativa, porque salienta o contraste entre a vontade do sujeito ativo e a vontade consubstanciada numa norma.

Os normativistas modernos,³ ante a expressa declaração dos códigos de que a ignorância da lei penal não aproveita, já não podem admitir que o antagonismo caracterizador do dolo se projete em direção a um texto de direito positivo, pois não é possível negar a existência de dolo sob a alegação do desconhecimento da lei. O que eles reclamam, na contextura do dolo, é principalmente que o sujeito ativo saiba ser a conduta, de modo geral, ilícita, proibida.⁴ Para essa valoração, advertem, torna-se indiferente que a lei penal seja ou não conhecida. Mesmo conhecendo-a, pode-se estar na convicção de que, devido a certas particularidades, o comportamento é lícito, quando em realidade a lei o incrimina.

Os defensores da teoria psicológica escudam-se, com a maior insistência, no axioma *nemini licet ignorare legem*, e não há negar que são impressionantes os argumentos daí deduzidos.

Qual, em nosso Direito, a solução da árdua controvérsia?

Devemos esclarecer, em primeiro lugar, que mesmo entre os escritores que aceitam *de jure condito* o psicologismo, levados pela conceituação legislativa de dolo e pelo princípio da irrelevância do erro em matéria jurídico-penal, é comum a manifestação de que, modificadas as bases legislativas da culpabilidade, seria benéfico intercalar no dolo um índice valorativo, como a consciência da antijuridicidade, capaz de vitalizar no sentido ético essa forma do elemento subjetivo.⁵

Efetivamente, é de vantagem que as legislações modernas inscrevam um conceito mais providente de dolo, que possibilite, pela imediata aplicação do

enunciado que o descreva, evitar a afirmação de culpabilidade em certos casos que instam por uma solução equânime. Seria essa via mais expedita e segura do que a que proporcionam diferentes explicações doutrinárias ou fundamentos jurídicos sempre invocáveis, e que passamos a recordar. O dolo deve abranger todos os elementos da composição do fato,⁶ e, assim, decai a imputação psíquica quando o processo intelectual-volitivo não atingiu um dos componentes da ação ou omissão prevista na lei. O crime é sempre ofensa, ou pelo menos periclitção, a um bem jurídico. Se o processo intelectual-volitivo não se dirige a tal ofensa ou periclitção, se a conduta não visa lesar ou pôr em perigo o interesse tutelado pela figura delituosa, tenha ou não o agente a percepção de que a sua conduta é antijurídica, não pode responder penalmente, porque lhe falece dolo. Ajunte-se que a disciplina das causas justificativas (art. 19) pode, pela outorga de maior flexibilidade aos textos que as regulam, torná-las compreensivas de muitas hipóteses que, de outro modo, incidiriam imerecidamente em sanções penais, e é incontestável que, em nosso vigente Direito Penal, houve a preocupação de conceder mais elasticidade a essas excludentes. A justificativa do estado de necessidade, especialmente, passou a ter âmbito maior, ao influxo, bem perceptível, da teoria da não exigibilidade de outra conduta (ver nota 3).

Parte Geral de 1984, art. 23

As causas justificativas, chamadas pelo Código de 1984 de causas de exclusão de ilicitude, estão arroladas no seu art. 23 e definidas nos arts. 24 e 25.

Entretanto, o nosso Código Penal, infelizmente, não foi explícito a respeito da tormentosa questão no seu art. 15, n.º I, dispositivo em que o problema deveria estar dirimido. E poderia tê-lo sido. Não encerrando esse texto expressão alguma que lembre o elemento consciência da antijuridicidade, deve-se concluir que a teoria psicológica venceu.⁷

Parte Geral de 1984, art. 18, n.º I

É verdade que mais adiante, a propósito do erro de fato essencial, que elimina o dolo, o Código declara isento de pena quem, “por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima” (art. 17, 2.ª parte). Supor situação de fato que, se existisse, tornaria legítima a ação equivale a supor a legitimidade da ação. Trata-se, porém, como se vê, de erro acerca das circunstâncias do fato, conforme sucede, por exemplo, na legítima defesa

putativa (o agente acredita, por equívoco, que vai sofrer uma agressão iminente e injusta, e defende-se de quem não o ataca). Ele sabe que ferir ou matar desnecessariamente é crime, não desconhece a ilicitude do típico acontecimento descrito na lei penal, mas ignora a ilicitude *daquele* fato, em razão de um erro, que se denomina mesmo “erro de fato”. Sempre que o caso se possa reduzir, como esse, a um erro essencial sobre o fato, não há dúvida de que a falta de noção da antijuridicidade faz desaparecer a culpabilidade.

Parte Geral de 1984, art. 20, § 1.º

No Código de 1984, o art. 20, § 1.º, trata das hipóteses em que o agente supõe a existência de circunstância que, se real fosse, tornaria a ação legítima. Trata-se das discriminantes putativas. Estas serão comentadas ao final do capítulo, quando for abordado o erro jurídico-penal.

Não se pode, todavia, ir além. Não se pode, perante o nosso Direito positivo, pretender que toda vez que o agente proceda sem conhecer a antijuridicidade do fato (embora se ache a par da realidade das suas circunstâncias materiais), esteja isento de dolo e de pena. Em termos absolutos, a afirmativa levaria a conceder relevância ao erro de direito penal, porquanto não há hipótese mais incontestável de ausência de percepção da ilicitude de determinado fato do que o desconhecimento de estar ele previsto na lei repressiva.

Em suma, o nosso Código não diz que o agente não tem dolo quando lhe falta a noção da antijuridicidade. Diz, sim, que não o tem quando, incidindo em erro inteiramente plausível, pensa que o *fato* é um (protegido por uma causa de legitimação, sobre cuja influência não existe dúvida, porque a lei penal é conhecida), mas em verdade o fato é outro. Só dentro desse quadro vale ao acusado de crime a arguição de que reputava lícita a conduta.⁸

80 — Há incerteza, na doutrina, em torno da nomenclatura do dolo. As designações não são utilizadas com critério uniforme. Parecem-nos mais acertadas as que elucidaremos a seguir, pressupondo sempre o acolhimento à teoria da vontade, esposada no art. 15, n.º I, do Código, em conformidade com o qual o crime se diz doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Parte Geral de 1984, art. 18, n.º I

O dolo divide-se em determinado e indeterminado. Alguns escritores preferem dizer — dolo direto e indireto; são, entretanto, mais usuais aquelas outras

denominações. No dolo determinado, tem o agente em vista certo resultado, e só aquele, de forma que, ocorrido, corresponde à sua elaboração mental e à sua vontade. No dolo indeterminado, o agente admite — querendo-os ou aprovando-os — dois ou mais resultados.

O dolo indeterminado pode ser alternativo ou eventual. A palavra alternativo é bastante expressiva. Dá-se o dolo indeterminado alternativo, quando o agente quer um ou outro resultado. Se alguém desfecha tiros contra uma pessoa, com o propósito de ferir ou matar, sendo-lhe indiferente que o crime produza este ou aquele efeito, está agindo com dolo indeterminado alternativo.

Se, porém, o agente pratica o ato sem querer propriamente certo resultado, mas, de forma implícita, assentindo a ele, tolerando-o, está agindo com dolo indeterminado eventual. É ao dolo indeterminado eventual que se refere a segunda parte do dispositivo do art. 15: “... ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Parte Geral de 1984, art. 18, n.º I

Se o agente quer o resultado, age com dolo determinado — ou, conforme o caso, com dolo indeterminado alternativo, porque aquele que quer matar ou ferir, quer, em verdade, um desses dois resultados. Portanto, a primeira parte do conceito do texto penal compreende o dolo determinado e também o dolo indeterminado alternativo.

Exemplo típico de figura delituosa que aparece ordinariamente com dolo indeterminado eventual é o delito de contaminação. O agente, ao ter relações sexuais com a vítima, achando-se contaminado de moléstia venérea, sabe do perigo de produzir o efeito lesivo. Entretanto, não está no seu desígnio o contágio. Basta haver assumido o risco de realizá-lo, para se lhe atribuir dolo.

Consideramos o chamado dolo de perigo substancialmente idêntico ao dolo eventual. Como existe, ao lado dos delitos de dano, a categoria dos delitos de perigo, fala-se, simetricamente, em dolo de dano, para os primeiros, e em dolo de perigo, para os segundos. O dolo de perigo consistiria, pois, em querer, explícita ou implicitamente, o perigo previsto na proibição penal. Mas querê-lo equivale a assumir o risco de produzir o dano, aquiescer a este. Mais expressiva e exata, a designação dolo eventual tem a vantagem de corresponder tanto aos crimes de periclitación, como aos de dano, quando o agente o atinge sem o intuito de alcançá-lo, mas incorporando-o, antes, à tácita aprovação da sua consciência.

Assim, o homicídio pode ser perpetrado com dolo eventual, como no debatido caso dos ciganos russos que mutilavam crianças para utilizá-las na exploração da caridade pública. Não queriam matá-las. Só vivas elas lhes seriam proveitosas. A cogitação de que a morte possivelmente sobreviria ao martírio não os afastaria, porém, do crime deliberado. Tendo perecido algumas das vítimas, o homicídio revestiu-se, conforme o nosso entender, de dolo eventual.

Esse drama pungente adapta-se à fórmula da nossa lei sobre tal tipo de dolo: como é óbvio, os facínoras assumiram o risco de produzir a morte. Se, contudo, na

compreensão do dolo eventual, se levasse a rigor a proposta, de alguns ilustres penalistas, de só identificá-lo quando a certeza da produção *necessária* do resultado, que não é diretamente pretendido, não faria o agente renunciar ao crime, ter-se-ia de entrever aí diferente modalidade de elemento subjetivo — a preterintencionalidade, acerca da qual discorreremos adiante (n.º 87). Porquanto os autores dos suplícios não os praticariam se tivessem a convicção de que acarretariam a morte.

Fala-se, ainda, em dolo específico. A designação é conveniente, embora deva ser evitada a que lhe é paralela — dolo genérico, que se presta a confusões. O dolo específico será pesquisado em certas manifestações delituosas que reclamam um fim especial, apto a diversificá-las de outras ou de condutas indiferentes ao Direito Penal. Coibidos os exageros, deve-se, principalmente, tê-lo em conta quando o preceito reclame, de modo expresso, um particular escopo ou motivo, tal como o fim libidinoso, ou de casamento, no rapto (arts. 219 e 221); o fim de lucro, na injúria agravada (art. 141, § único); o motivo de reconhecida nobreza, na supressão ou suposição de parto¹⁰ (art. 242, § único); o motivo egoístico, numa das formas exacerbadas de induzimento a suicídio (art. 122, § único, n.º I).

O crime de rapto e os dispositivos a ele relacionados, previstos nos arts. 219, 220 e 221 do Código Penal, foram revogados pela Lei n.º 11.106/2005. Exemplo de figura delitiva que exige o dolo específico é o desacato (art. 331 do Código Penal), para os que, como Nelson Hungria, entendem que a consumação de tal crime exige tenha o agente especial intenção de ultrajar o funcionário público ofendido. Sem essa especial intenção — tendo o agente, por exemplo, proferido a ofensa irrefletidamente, em um instante de exaltação — inexistiria o dolo exigido pelo tipo de desacato.

Dessarte, o dolo específico — ou finalidade com que o agente sublinha a violação à lei — serve, confrontados dois ou mais textos repressivos, para distinguir entidades criminais de variada importância: *verbi gratia*, o rapto sem o fim libidinoso ou de contrair matrimônio poderá integrar simples constrangimento ilegal (art. 146), ou perfazer, se o criminoso visa obter vantagem com o resgate, uma alarmante forma de extorsão (art. 159).

Em raros casos, a exigência de dolo específico tem sido sustentada em relação a certas figuras delituosas em que o escopo ou motivo não é declarado no dispositivo legal, mas emana imperiosamente da natureza da infração. É o que sucede no crime de lesões corporais em que o intuito ofensivo assinala a criminalidade da ocorrência em confronto com fatos inocentes (intervensões cirúrgicas, aplicações curativas, etc.). Mas, nesse assunto, há lugar para debate.

BETTIOL, por exemplo, considera a ocorrência de situações que não entram explicitamente no âmbito das normas configuradoras de causas de licitude e que também não podem ser consideradas contrárias ao direito. Fala, a propósito, da

licitude das lesões produzidas por ocasião dos jogos desportivos (lutas pugilísticas, futebol, etc.), bem como das operações cirúrgicas, transfusões de sangue, etc., estendendo-se em outras hipóteses para concluir: “Em todos esses casos deve ser admitida a licitude da conduta, porque uma norma consuetudinária surgiu e já se consolidou no ambiente social”, reclamando, frisa, a impunidade.¹¹

De outra parte, muito se preocupa a doutrina penal com a existência dos chamados elementos subjetivos do injusto típico. A ação pode ser contrária ou conforme ao direito consoante a atitude subjetiva do sujeito ativo. Manifesta ASÚA no seu tratado que os elementos subjetivos do injusto, ou da antijuridicidade, existem mesmo que não apareçam expressamente incluídos no tipo legal, sempre que este o exija. E lembra o divulgado exemplo do médico que, ao apalpar o corpo de uma paciente, poderá estar praticando ato normal da sua profissão, assim como poderá ser um sátiro cometendo crime.¹² O seu modo de ver coincide com o de inumeráveis penalistas.

Vê-se pelo último parágrafo da lição de Basileu Garcia que sua atenção já havia sido despertada para o problema do dolo que começava a aflorar no direito penal brasileiro de sua época. Enquanto a doutrina estrangeira já havia começado a assimilar desde a década de 1930 os elementos subjetivos do injusto típico, diminuindo dessa forma o hiato que a doutrina causalista construía entre os elementos objetivos (tipicidade e ilicitude) e subjetivos (culpabilidade, constituída por dolo e culpa) do delito, Basileu Garcia via-se obrigado a manter essa separação, já que, como consignou no § 79 que acabamos de ler, não via meios de eliminá-la diante do Código de 1940.

Com o advento da Parte Geral de 1984, essa lacuna pode ser superada, confirmando a tendência manifestada por Basileu Garcia e outros importantes autores de seu tempo. Sobretudo pelo novo tratamento do erro jurídico-penal, o Código de 1984 não deixou dúvidas de que havia aceitado orientação que não mais tratava o ilícito penal como um conjunto de elementos objetivos, de um lado, e subjetivos (psicológicos), de outro. Com o terreno já preparado pelas doutrinas de autores que, como Basileu Garcia, pugnavam pela superação do dualismo objetivo-subjetivo no conceito de crime, os penalistas brasileiros aderiram amplamente a uma nova forma de construção jurídica do delito.

Essa nova forma resultou da reformulação do conceito jurídico-penal de ação. Passou-se a aceitar, ainda que com certas divergências de autor para autor, a concepção finalista de ação penal, segundo formulação de Welzel: “A ação humana é o exercício da atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecer ‘finalista’, e não somente ‘causal’” (WELZEL, 1956: 40). Sua conhecida postulação de que “a finalidade é ‘vidente’”, enquanto “a causalidade é ‘cega’” é freqüentemente citada nos manuais e cursos de direito penal atuais. O finalismo tem como ponto

diferencial o foco nos “aspectos direcionais e subjetivos da conduta”, trazendo a ação humana e a sua intencionalidade para o centro da teoria penal (TAVARES, 2003: 137).

Como decorrência dessa metodologia, os elementos anímicos da conduta delituosa, antes relegados ao plano subjetivo do delito, imiscuíram-se à descrição objetiva do injusto. Dessa forma, rompeu-se com a orientação de que a descrição típica seria mera descrição física: como a ação é sempre final, a descrição da ação inclui inexoravelmente a descrição de sua finalidade. Assim é a lição de Muñoz Conde: “o tipo de injusto não se compõe apenas de elementos objetivos de natureza descritiva ou normativa. A ação ou omissão humanas subsumíveis ao tipo não são simples processos causais cegos, mas processos causais regidos pela vontade” (MUÑOZ CONDE, 1988: 55).

A consequência disso seria que, ainda para Muñoz Conde, “já no âmbito da tipicidade se deve ter em conta o conteúdo desta vontade” (MUÑOZ CONDE, 1988: 55). Como consequência, o dolo e a culpa, tradicionais depositários dos elementos anímicos da conduta, acabaram transferidos da culpabilidade para a tipicidade. Por essa razão, entende-se atualmente, de forma praticamente unânime, que a descrição típica contém, além de elementos objetivos que contemplam os aspectos exteriores da conduta do agente, também elementos subjetivos, que abarcam o conteúdo de vontade inerente a toda ação humana. Esses elementos subjetivos do tipo penal são o dolo e a culpa.

O reconhecimento de que a vontade ilícita está presente já no nível da tipicidade ajudou a superar uma série de dificuldades com as quais deparavam-se as concepções puramente causais de ação. De acordo com Stratenwerth, a necessidade de considerar fatores subjetivos já na tipicidade era evidente, por exemplo, nos casos em que a ação de fato não consiste exclusivamente na produção material de determinado resultado, como nas hipóteses de delitos de mera atividade. Tampouco é possível, ainda segundo Stratenwerth, conceber que alguém pratique um delito de falsidade material de boa fé, “ou que seja possível realizar involuntariamente o tipo exterior” de crimes como “a desobediência, a violação de domicílio, a usurpação de função pública ou a falsificação de moeda” (2000: 142). Ou seja, as descrições dessas condutas trazem implícitas descrições de seus respectivos elementos subjetivos.

A estrutura desse novo dolo, situado na tipicidade, permaneceu bipartida: se Basileu Garcia, na esteira de Carrara, definia-o como “inteligência e vontade”, a doutrina hoje fala em “conhecimento e vontade” (MUÑOZ CONDE, 1988: 57) ou, de forma mais precisa, em “consciência e vontade” (STRATENWERTH, 2000: 146-147), já que conhecimento

pressupõe existência, e a representação dolosa abrange não só aquilo que existe mas também eventos sucedâneos à ação típica.

O elemento cognitivo — conhecimento, consciência — implica reconhecer que, “para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica” (MUÑOZ CONDE, 1988: 57). Stratenwerth, em análise um pouco mais minuciosa, desdobra o elemento cognitivo do dolo em três componentes distintos: (i) o autor deve possuir o conhecimento da representação social dos elementos constantes do tipo penal; (ii) deve, além disso, estar consciente das circunstâncias de fato no momento da ação injusta; e, por fim, (iii) deve representar que sua ação trará possibilidade real de violação do bem jurídico protegido pelo tipo penal (2000: 149-153). Tais formulações são, em linhas gerais, as mesmas com que trabalham a doutrina brasileira atual na conceituação do elemento cognitivo do dolo: o elemento intelectual do dolo “importa em ter o agente apreendido dados da realidade a partir da qual quer agir, ou sobre a qual quer agir, formando sua vontade tendo em vista o conhecimento que possui desta realidade” (REALE JR., 2002: 221).

A concepção de que o dolo — e, por conseguinte, o tipo — pressupõe um conhecimento fático é importante para entender o porquê de algumas modalidades de erro, como o erro de tipo, excluírem a tipicidade. Isso será visto com detalhes ao fim do capítulo, quando Basileu Garcia tratar da doutrina do erro jurídico-penal.

O elemento volitivo do dolo, por sua vez, consiste em querer realizar aqueles elementos objetivos do tipo de que se tem conhecimento. É importante ressaltar, como faz Muñoz Conde, que esse querer não se confunde com os motivos da ação: “quando o assaltante mata o caixeiro para apoderar-se do dinheiro, provavelmente não deseja sua morte e inclusive preferiria não causá-la, mas apesar disso quer produzir a morte na medida em que não tem outro meio para apoderar-se do dinheiro” (1988: 58).

Além desses casos mais óbvios, entendem-se igualmente queridos — e, portanto, dolosos, desde que presente também o elemento cognitivo — os resultados que são a meta do agente, ainda que esta lhe pareça improvável. “Mesmo quem estima escassa a chance de que outro possa cair em suas simulações ardilosas atua dolosamente se ainda assim tenta a sua sorte” (STRATENWERTH, 2000: 162). O dolo direto estende-se ainda a todos os resultados típicos que são vistos pelo agente como presuposto ou estágio intermediário para alcançar a verdadeira meta da ação. Pela mesma lógica, são também dolosamente imputadas ao agente as conseqüências colaterais tidas como inevitáveis pelo autor, no caso de realização do delito. “Quem coloca uma bomba no avião de um político, para matá-lo, tem

dolo direto de homicídio também em relação às pessoas que o acompanham” (STRATENWERTH, 2000: 163-164).

Conjugados os elementos cognitivo e volitivo do dolo, que é o elemento subjetivo do tipo penal por regra, tem-se sua definição para a doutrina atual: “em suma, o dolo pressupõe o conhecimento abrangente de todos os elementos objetivos da ação típica, os descritivos e normativos, e o querer a realização da ação típica, com base nesse conhecimento” (REALE JR., 2002: 221). Por conseguinte, aquele que perpetrar ação objetivamente típica, mas sem o conhecimento ou vontade inerentes ao dolo, não terá praticado injusto penal, por ausência do elemento subjetivo do tipo.

81 — “Diz-se o crime culposos (art. 15, n.º II), quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Enuncia, assim, o texto uma idéia prática da culpa. Realmente, a culpa é o elemento subjetivo ocorrente naquelas infrações em que não há vontade, por parte do autor, de obter o resultado lesivo ao direito — resultado que sobrevém em consequência de uma dessas causas de que trata a lei: imprudência, negligência ou imperícia.

Parte Geral de 1984, art. 18, n.º II

Tal qual o dolo, a culpa é também tratada pela maioria da doutrina como elemento subjetivo do tipo. A bem da leitura do texto original das *Instituições*, considerações pormenorizadas a seu respeito serão feitas ao final do capítulo, após o § 86.

A tais maneiras de exteriorização do delito culposos¹³ o Código precedente [1890] adicionava a inobservância de disposição regulamentar. O dispositivo levava à presunção de culpa, que podia, na realidade, não ser procedente. Melhor é o sistema do vigente estatuto, inofensivo a tal presunção, porquanto às vezes sucede que, embora infringindo preceito de regulamento, não tenha o agente acarretado por falta de cuidado o acontecimento funesto. Sofrerá sanção administrativa pela desobediência; não, porém, pena, correspondente a crime.

No delito culposos deve existir, de início, um ato voluntário. É desse ato voluntário que se origina o resultado ofensivo ao direito. Mas o resultado não é previsto pelo agente — aí está um esclarecimento próprio à generalidade dos casos e útil à compreensão da culpa. Era, contudo, previsível — eis uma essencial condição. Portanto, são elementos do crime culposos na sua forma comum: ato voluntário inicial; previsibilidade; ausência de previsão; finalmente, um resultado involuntário,

lesivo. Assim, no exemplo do atropelamento por automóvel, o agente não quer ferir ninguém, mas vem a ferir. Não previu esse efeito, o qual era previsível. Podia e devia prever. Por isso, sofre uma pena.

O que faz com que o agente não preveja aquilo que é previsível é a sua negligência, a sua falta de cautela. A rigor, a palavra negligência seria suficiente para ministrar todo o substrato da culpa. Mas costuma-se aludir também à imprudência e à imperícia. Essas duas idéias poderiam caber dentro da negligência. O médico, que se revela imperito em uma intervenção cirúrgica e mata o seu cliente, não deixa de ser negligente, no sentido de que, ou não tomou as cautelas necessárias, ou, sabendo-se inábil, se abalçou a uma tarefa superior à sua aptidão.

Com mais propriedade, entretanto, consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo; a negligência, em não cumprir o dever, no desempenho da conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misteres. A distinção, nem sempre sensível, aparece bem clara nos exemplos seguintes. Será imprudente o notável cirurgião que, por vaidade, empregue, ao operar o seu paciente, perigosa técnica, sem comprovada eficiência, quando poderia seguir o seguro processo habitual. Não é imperito, nem negligente: redobra-se em desvelos, mas o doente morre, em razão da imprudência. Será negligente esse mesmo abalizado operador se não exigir todos os cuidados de assepsia ou deixar, após a intervenção, o enfermo entregue a auxiliares sabidamente ineptos. De imperito se averbaria o profissional da medicina que ousasse uma operação para a qual lhe faltassem conhecimentos básicos, vindo a produzir a morte do paciente.

Para CARRARA, a culpa é a voluntária omissão de diligência no calcular as conseqüências possíveis e previsíveis do fato. Constitui, no entendimento do insigne escritor, um vício da vontade. Para outros, seria um vício da inteligência. Assim a consideram os partidários da teoria da representação que a fazem consistir na falta de representação, contrária ao dever, da importância do ato voluntário como causa.

Vê-se, pela definição de CARRARA, que a culpa se traduz na omissão de cautela, de diligência. Mas — frisa o penalista — a omissão é voluntária, depende da vontade do agente. Se este quisesse, teria mais cuidado e evitaria o resultado lesivo. Em tal sentido é que o mestre italiano usa das palavras — voluntária omissão. É a atenção do homem governada pela sua vontade. O desatento, que tinha o dever de ser atento, a fim de poupar a dano o bem jurídico alheio, poderia manter vigilante a sua atenção, se quisesse. Assinala-se dessa forma a previsibilidade como uma das condições da culpa. Se o resultado era imprevisível, deixa o fato de ser culposos, para ser casual.

82 — A punibilidade dos delitos culposos foi objeto de discussões. Hoje, ninguém mais duvida de que é preciso coibi-los penalmente. As legislações recentes têm, mesmo, adotado o critério de aumentar as penalidades para esse tipo de infrações. Assim aconteceu no Código vigente [1940], em cotejo com o anterior, quanto ao homicídio culposos. E a *Exposição de motivos*, justificando a exacerbação penal, alude à relevância do assunto no Direito dos nossos tempos.

A sua importância é moderna. São ocorrências ligadas à civilização, ao incremento das indústrias e das máquinas. No Código Criminal do Império notava-

se, como defeito, a falta de disposições referentes aos crimes culposos de homicídio e lesões corporais. A necessidade de contemplá-los passara despercebida ao legislador da época, exatamente porque o problema era, então, de mínima ressonância. Foi preciso que uma lei, quarenta anos mais tarde, sanasse a lacuna.

No delito culposo, há sempre um ato voluntário, que determina um resultado involuntário. Devido a ser involuntário o resultado, debate-se quanto aos fundamentos político-jurídicos da incriminação. Deve punir-se alguém, quando a decorrência da sua conduta é indesejada? CARRARA mostrava a necessidade de punição, fazendo ver o perigo que causa aquele que não tem o cuidado de evitar danos, no ambiente social. Várias teorias se constituíram, para explicar a razão da punibilidade dos delitos culposos. Alguns autores têm em vista a conveniência de, com a pena, intimidar-se o agente. A Escola Positiva, em harmonia com o seu critério de conferir supremacia à avaliação da periculosidade, afirmou a vantagem de medidas legais traduzindo-se em advertência aos autores de tais fatos, que, pela falta de cautela, põem em perigo a coletividade.

O parágrafo único do art. 15 do nosso Código Penal diz o seguinte: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Em se tratando de delitos dolosos, a lei não faz referência ao elemento subjetivo. Sempre que o preceito sobre figura delituosa for silencioso quanto à modalidade do elemento subjetivo — dolo ou culpa, sabe-se que o delito é doloso. Toda vez que o legislador entendeu punir a forma culposa da infração, integrou expressamente a culpa ao conceito legal do delito. Assim, relativamente ao homicídio, encontra-se no art. 121 esta disposição: “Matar alguém: Pena — reclusão, de seis a vinte anos”. Não se diz: “Matar, dolosamente, alguém”. Compreende-se, portanto, que o elemento subjetivo, aí, é o dolo. Mas, como deve haver a figura de homicídio culposo, o Código acentua, mais adiante (§ 3.º): “Se o homicídio é culposo — Pena: detenção, de um a três anos”. Em suma, a culpa só aparece declaradamente, e o dolo é subentendido nas definições de delitos.

Parte Geral de 1984, art. 18, parágrafo único

83 — A decomposição, acima feita, do delito culposo, evidencia na sua estrutura dois elementos extremos, de natureza material (um ato voluntário inicial e um resultado involuntário final), e dois outros de natureza moral ou psíquica (a ausência de previsão e a previsibilidade). O agente não prevê o resultado: se o previsse e praticasse o ato, estaria no domínio do dolo, que se caracteriza pela voluntariedade da conduta e representação dos seus efeitos.

Mas não basta. O elemento subjetivo estaria incompleto, se a previsão fosse impossível. A possibilidade de previsão é essencial na conceituação da culpa e se apresenta com notável importância.

Retomemos o rotineiro exemplo do atropelamento por automóvel, causado por imprudência. Nesse fato, há, de início, o ato voluntário, lícito, consistente em guiar o veículo; por fim, o resultado involuntário, lesivo ao direito: o atropelamento, acarretando à vítima lesões ou a morte. Em meio a esses dois elementos extremos,

há a ausência de previsão, porque o autor do fato (salvo o possível caso de dolo) não tem a consciência do resultado. E, além da ausência de previsão, há a previsibilidade, a possibilidade de prever aquilo que não é previsto. Se o sujeito ativo fosse mais cuidadoso, teria previsto e evitado o acidente — e, com ele, as lesões ou a morte.

Em determinadas hipóteses, o resultado é imprevisível. Então não haverá delito culposos, nem delito algum. Passar-se-á para o terreno do caso fortuito, da casualidade, do acaso.

Como se vê, o caso fortuito surge como a manifestação negativa da culpa.¹⁴ Ao inseri-lo esquematicamente, em seguida ao ponto terminal da escala do elemento subjetivo, dever-se-á esclarecer que ele assinala, em contacto com o derradeiro e o mais tênue confim da culpabilidade, o desaparecimento desta.

Não obstante seja a indagação referente à previsibilidade de suma importância na compreensão da culpa, alguns escritores puseram em dúvida a sua utilidade, realçando os embaraços que defronta. Como saber-se, em determinados casos, se o resultado lesivo era previsível? O julgador terá de colocar-se mentalmente na situação do agente, ponderar as circunstâncias em que este se encontrou, perscrutando se teria podido prever o resultado. Opina-se que a verificação da possibilidade de prever deve ser efetuada tomando-se como paradigma o tipo de indivíduo com o grau comum de perspicácia e diligência, o homem médio. Também se propõe — e parece que esse é o entendimento predominante¹⁵ — seja tido em vista o próprio agente, sem o cotejo de uma abstração ou modelo ideal, semelhante ao bom pai de família. Como quer que seja, a avaliação é sempre difícil.

Tentou-se, por isso, substituir a previsibilidade por um critério mais acessível, e apareceram no Direito Penal teorias tendentes a consegui-lo. STOPPATO sustentou que não é a previsibilidade a essência da culpa — que a sua essência reside no emprego, pelo agente, de meios não normais, à idéia de direito. No exemplo do delito culposos praticado com veículo, ter-se-ia um fim lícito, pois o ato de guiar a viatura e o objetivo do agente são permitidos. Pode, visando esse fim lícito, o autor empregar meios normais à idéia de direito. Nesse caso, se vier a causar um dano, deve ficar impune, porque não tem culpa. Mas se ele, à vista desse fim lícito, emprega meios não normais à idéia de direito, meios impróprios, como se trafega com velocidade excessiva, então deve responder por culpa, ao lesar um bem jurídico.¹⁶

Não se pense, porém, que assim aquele penalista haja logrado suprimir o exame da previsibilidade. Advém outra questão, a demonstrar a improcedência da sua tese: como apreciar a anormalidade dos meios em relação ao direito? Afinal, essa apreciação tem que ser feita pelo exame da previsibilidade. Só é possível concluir-se, em determinado caso, que o agente empregou meios anormais, quando se adquire a convicção de que ele podia prever o resultado e, entretanto, não o previu. Tentando excluir-se o elemento previsibilidade, por fim não se lhe pode fugir.

Embora alguns escritores tenham sustentado que, relativamente à imperícia e à inobservância de disposição regulamentar, é descabido o exame da previsibilidade, assim não nos parece, no tocante à imperícia. Esta, em verdade, costuma projetar-se tão patentemente nas circunstâncias objetivas do fato, que o magistrado se poupa a

indagações psicológicas. No entanto, ninguém mais nitidamente que o imperito está em condições de prever, com o insucesso provável da sua atividade, o evento lesivo ao direito alheio. Procede, pois, com previsibilidade.

Nas legislações que admitam a presunção de culpa decorrente da inobservância de disposição regulamentar, será dispensável, relativamente a esse ponto, o exame da previsibilidade. Mas, como vimos, não foi essa a orientação adotada pelo nosso Código.

84 — Conquanto se tenha dito acima que na culpa se observa a ausência de previsão, essa afirmativa, aduzida em caráter provisório, só atende aos casos comuns. Pode-se fazê-la ao esboçar noção menos aprofundada. Admite-se, porém, uma espécie *sui generis* de culpa, que se chama culpa com previsão, ou culpa consciente.¹⁷ Os escritores franceses chamam-lhe *faute avec prévoyance*.

Por exemplo: um caçador, com a sua espingarda, está visando a caça que se encontra a alguns metros de distância. Ao possível alcance do disparo acha-se um amigo, que o acompanha na caçada. O caçador não quer, de forma alguma, feri-lo. Aponta a arma para a caça, porque não se conformaria com perder a oportunidade, mas tem a previsão de que pode atingir o companheiro. Confia, porém, na sua pontaria. Detona e fere-o. Haveria dificuldade em classificar esse ato como culposos, se se entendesse indispensável a ausência de previsão, para a conceituação da culpa, porque — dir-se-ia — o agente previu o resultado. Será um caso de culpa com previsão.

Tem-se procurado contornar a dificuldade, dizendo que não houve, na hipótese, previsão; que o caçador previu que o resultado não se daria, e prever que um resultado não se dará equivale a não o prever, equivale a não ter a consciência da sua realização. CARRARA opina que a culpa com previsão é um trocadilho sem sentido (*bisticcio senza senso*). E argumenta: se eu prevejo que amanhã não choverá, não prevejo que choverá. A previsão de que um fato não se dará equipara-se à ausência de previsão de que se dará.

Contra o parecer de CARRARA, pondera-se que, na hipótese formulada, surge a culpa consciente, porque o caçador previu que podia ferir o amigo e, entretanto, não interrompeu a ação, não desistiu de praticar o ato. Teve culpa maior que a que ocorreria se produzisse as lesões por mera desatenção.

Na verdade, é possível analisar-se idealmente o exemplo proposto, para afirmar-se uma gradação a mais na culpa: a culpa com previsão. Agasalhou-a o Código italiano, estabelecendo que o delito culposos será punido mais severamente quando houver previsão do resultado. O nosso Código não faz referência à previsão na culpa. Mas no art. 42, ao ministrar critérios gerais para a aplicação da pena, manda que o juiz considere o grau da culpa.

No Código Penal de 1984, o art. 59 manda que o juiz considere, entre outros elementos, o grau de culpabilidade do agente no momento de determinação da pena. Esse dispositivo, contudo, não guarda relação direta com o mencionado art. 42 do Código de 1940, já que se tem entendido que a culpabilidade do

art. 59 configura-se como reprovabilidade, algo bastante distinto da idéia de culpa que se tinha na vigência do Código anterior.

Alguns escritores, perante as dúvidas que o citado exemplo proporciona, pretendem que a suposta culpa com previsão outra coisa não é senão o dolo. Seria o dolo eventual, porque se executa um ato voluntário inicial, consciente, e, se não existe o intento de realização do resultado, ocorre, pelo menos, aprovação implícita, através da previsão.

Entretanto, no aludido exemplo, que é sempre repetido, deve-se dizer que, a rigor, o agente não aprovou o resultado. A aprovação seria necessária para se configurar o dolo eventual, cujo relevante característico está, para alguns penalistas, em que a certeza da produção dos efeitos lesivos não arredaria da conduta o sujeito ativo. Mesmo sem extremar dessa forma o conceito, e circunscrevendo-nos ao que o nosso Código enuncia no art. 15, n.º I, segunda parte, vemos que o caçador não quer, de forma nenhuma, ferir o amigo ou matá-lo, nem propriamente assume o risco de fazê-lo: conta com a sua habilidade para afastar o perigo.

Parte Geral de 1984, art. 18, n.º I

Em conclusão: pode-se admitir a culpa consciente como um ponto particular a fixar na seriação do elemento subjetivo. Sendo configurável em raríssimas hipóteses — e, ainda, tornando-se difícil a sua apreciação nos casos concretos — a nossa lei evitou contemplá-la declaradamente.¹⁸

85 — Pode dar-se que, da parte do sujeito passivo, haja certa culpa pelo resultado, e então se pergunta se, desse modo, se elimina a do sujeito ativo.

Mesmo que seja elevada a dose de culpa atribuível à vítima do fato, a sua contribuição não exclui necessariamente a culpa do sujeito ativo; e não a exclui, desde que o evento era, a este, previsível.

Consequentemente, na teoria penal não existe a compensação de culpas. Se a do acusado é perceptível, não importa a do sujeito passivo. Mas, praticamente, a preponderante responsabilidade da vítima pelo acontecimento leva o julgador a desculpar o réu, se a sua possibilidade de prever o evento, se tornou diminuta, quase nenhuma.

Igualmente interessante é o problema da culpa indireta ou mediata. Dá-se, às vezes, que alguém venha a ser de forma indireta o causador de um evento lesivo. Produz de imediato um resultado que vem a determinar, por via de consequência, outro. Indaga-se se responde também pelo resultado final.

Basta formular-se a hipótese, para se compreender que a culpabilidade existe integral, desde que se possa afirmar que o sujeito ativo tinha a previsibilidade do resultado.

O exame da causa indireta tem suscitado controvérsias curiosas. Assim, o caso do guarda-trem David. No expresso Roma-Cápua, há muitos anos, esse ferroviário,

infringindo o regulamento da estrada, esqueceu a portinhola de um dos carros aberta. Estando o comboio em movimento, um menino, encostando-se à portinhola, tombou à margem da via férrea e sofreu lesões. Mas o seu progenitor, um oficial do Exército, atirou-se para salvar o filho e, em consequência, veio a morrer. Então, surgiu a questão de saber se o guarda-trem, que respondia pela culpa de haver deixado a portinhola aberta e, desse modo, pelas lesões que sofreu o menino, tinha de responder também por homicídio culposo. A sua negligência fora causa direta das lesões da criança; mas deveria ser castigado pela morte do pai, indiretamente causada?

A Corte de Cassação de Roma deliberou puni-lo pela morte do oficial. E ALIMENA criticou a decisão do Tribunal, mostrando que essa particularidade do evento escapava à esfera do humanamente previsível. E, exemplificando de forma bastante clara, para argumentar com segurança, perguntava se o acusado devia responder pela morte de outras pessoas que, possivelmente, também se atirassem do trem, ou pela morte de algum parente que se suicidasse ao saber da desgraça ocorrida. A resposta só poderia ser negativa — o que evidenciava a injustiça da condenação, porquanto a previsibilidade do acontecimento, de acordo com o que normalmente sucede, não poderia alcançar aquele fato posterior e distante da causa engendradora pela omissão culposa.

86 — Os escritores costumavam outrora dividir a culpa em lata ou grave, leve e levíssima. Essa divisão, cujas raízes remontam ao Direito Privado romano, tem perdido, modernamente, o interesse. Os códigos desprezam-na. A culpa lata ou grave se identificaria no caso de que qualquer pessoa pudesse prever o resultado. Se, no entanto, só mesmo a pessoa bastante diligente estivesse em condições de prevê-lo, a culpa seria leve. E passaria a levíssima se tão-só mediante excepcional cuidado fosse possível a previsão do evento que se não previu.

Exemplo de culpa lata ou grave seria o de alguém que xasse um tóxico perigoso nas mãos ou ao fácil alcance de uma criança. Se esta viesse a envenenar-se, sendo tal fato facilmente previsível a qualquer pessoa, decorreria culpa lata para o autor do fato. Se esse mesmo tóxico fosse deixado a certo alcance, mas não ao inteiro alcance da criança — em uma prateleira, por exemplo, onde não se poderia esperar que ela fosse descobri-lo — dir-se-ia que a culpa, no caso de ocorrer o envenenamento, seria leve. A culpa não ultrapassaria a gradação de levíssima se as precauções tomadas houvessem sido grandes, sem afastar, todavia, certa margem mínima de possibilidade, dentro da qual viesse a verificar-se a ocorrência, como, por exemplo, se o tóxico estivesse escondido em lugar quase de todo inacessível.

A escassa utilidade que ainda se possa lóbrigar nessa classificação exprime-se pelo aforismo de que a culpa levíssima equivale ao caso fortuito. E este não comporta pena. Teoricamente, a culpa levíssima justificaria punição. Tão imponderável, porém, é a linha divisória entre a manifestação última da culpa e o território livre do fortuito, que um imperativo da prática da justiça conduz a assimilá-los, perante a nebulosidade da prova.

Sob um critério de extremada exigência, seria previsível todo resultado dos atos humanos. A pessoa excessivamente cautelosa cogitaria mesmo de certos acontecimentos dependentes exclusivamente da força maior. Assim, por exemplo, na construção de uma casa, o próprio terremoto poderia ser conjecturado pelo

engenheiro extraordinariamente meticuroso, embora ninguém esteja a preocupar-se com cataclismos desse gênero em país como o Brasil. Por mais inesperado que se mostre certo desfecho, poderíamos, sob a obsessão da prudência, prevê-lo, para evitá-lo. Mas como seria absurdo exigir precauções desusadas, que dificultariam ou frustrariam as atividades normais, dispensa-se a imposição de pena quando haja previsibilidade remota e, com esta, insignificante parcela de culpa.¹⁹

A doutrina do crime culposos conheceu importantes desenvolvimentos teóricos recentes, por duas razões principais. A primeira, de ordem social, decorre do continuado “incremento das indústrias e das máquinas” já apontado por Basileu Garcia, sobretudo no tocante aos meios de transporte, área em que os delitos culposos têm elevadíssima importância. A segunda, de cunho teórico, vem do crescente prestígio das teorias de imputação objetiva, detidamente apresentadas no texto de Marta Rodriguez de Assis Machado ao final do Capítulo VII.

Isso resultou em um novo equilíbrio nos componentes da doutrina do delito culposos, tal qual apresentada no texto original das *Instituições*. Com efeito, à sua época já se falava em previsibilidade e dever de previsão, mas a ênfase recai muito mais sobre a previsibilidade, dada a natureza eminentemente psicológica, e menos normativa, dos elementos subjetivos de sua teoria. A onda de normativismo que se vive no direito penal desde então tem colocado, ao contrário, o segundo elemento — o dever — em papel de destaque. A ele se juntaram, ademais, considerações sobre o âmbito de proteção da norma e o aumento efetivo do risco. Dessa forma, ainda que a maior parte da doutrina continue trabalhando com a idéia de previsibilidade, é o dever de cuidado que tem se destacado nos desenvolvimentos recentes da doutrina do delito culposos.

Stratenwerth, por exemplo, começa sua lição sobre o tema pelo elemento da contrariedade ao dever de cuidado. Esse dever pode ser refinado em casos particulares, falando-se então em “cuidado requerido no âmbito da relação” (2000: 420). O ponto de partida de todos os deveres de cuidado “está configurado pela proibição básica de pôr em perigo interesses juridicamente protegidos” (STRATENWERTH, 2000: 422). Mas, como é instintivo, não é possível proibir toda a conduta que ponha em perigo bens juridicamente protegidos e, como anota Reale Jr., nem mesmo é desejável fazê-lo: “a sociedade prefere dirigir-se às estradas do litoral, a proibir o trânsito de veículos, evitando-se as duzentas mortes que normalmente ocorrem por acidente automobilístico” durante as épocas de carnaval (2002: 239). Assim, não de ser consideradas as regras de cuidado das atividades mais diversas, como regras de trânsito ou de segurança no trabalho, pois elas “têm a importância de precisar a medida deste risco permitido” (STRATENWERTH, 2000: 423).

Mas, além disso, deve-se determinar a medida que uma conduta que ultrapasse o risco permitido é efetivamente responsável pela lesão ao interesse juridicamente protegido. Trata-se, portanto, de precisar o nexo de causalidade para a imputação penal nos crimes culposos, assunto no qual as diferentes teorias da imputação objetiva têm contribuído decisivamente para importantes novidades doutrinárias. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras têm elaborado restrições à imputação causal, visando a incriminar apenas aquilo que se considera juridicamente relevante.

Um primeiro exemplo desta espécie de restrição dá-se quando “o resultado foi causado pela realização da ação negligente, mas também se teria produzido se o autor tivesse atuado corretamente” (MUÑOZ CONDE, 1988: 75). É o caso, citado por Stratenwerth, de alguém que, “em estado de embriaguez, atropela com o carro um ciclista que inesperadamente e sem nenhuma indicação” avança do acostamento para a pista de rolamento, “de modo que a colisão é inevitável”. Em tal caso, o motorista “não responde pelo homicídio imprudente” (STRATENWERTH, 2000: 424). Isso porque o acidente não teria se dado pela diminuição das faculdades de condução produzidas pelo álcool; ainda que o motorista estivesse completamente sóbrio, a colisão ocorreria. Sua imprudência, portanto, não foi causalmente determinante para o dano ao bem protegido.

Um segundo exemplo de restrição causal dá-se nos casos em que o resultado produzido pela ação descuidada situa-se fora do âmbito de proteção da norma lesada. “Se alguém dirige de noite sem a luz dos faróis dianteiros e, por seguir muito devagar, é abalroado por um veículo que vem por trás em grande velocidade, a infração da norma que obriga dirigir com a luz frontal acesa nada tem a ver com o resultado produzido” — eventuais lesões corporais, por exemplo. (MUÑOZ CONDE, 1988: 76).

Porém, é de se mencionar que boa parte da doutrina nacional continua trabalhando com elementos similares aos de Basileu Garcia. Nesse sentido, vale citar Reale Jr. que, a despeito de considerações tipicamente contemporâneas sobre risco permitido e princípio da confiança, continua a abrir suas lições sobre o tema falando em previsibilidade e dever de cuidado: “há de se unir”, no crime culposo, “em relação necessária, o dever de cuidado para evitar o evento com a possibilidade de reconhecer a verificação deste evento” (2002: 235). Vê-se, portanto, que as idéias trazidas pela doutrina de Basileu Garcia continuam a gozar de prestígio na doutrina brasileira.

preterintencionalidade, ou preterintenção, forma do elemento subjetivo consistente em querer o agente um resultado que é involuntariamente excedido na sua conduta.²⁰

Já foi dito, mas não custa reforçar: dolo e culpa não mais são tratados pela doutrina como graus de culpabilidade, mas, sim, como elementos subjetivos do tipo penal.

A respeito, silenciaram o Código e a sua *Exposição de motivos*. Por uma de duas razões. O legislador terá julgado bastante a referência ao dolo, de que a preterintencionalidade seria um dos modos, merecendo mesmo a alguns escritores o nome de dolo preterintencional. Em verdade, o crime preterintencional é doloso, porquanto o agente visa certo evento proibido penalmente, embora diverso do que é causado. Ou terá o codificador brasileiro, segundo antigo ponto de vista, considerado a preterintencionalidade como um misto de dolo e culpa, não no sentido de grau intermediário, mas de interpenetração substancial. O que, porém, não aceitamos. De acordo com a melhor doutrina, entendemos que não pode ser culposo o resultado proveniente de ação voluntariamente criminosa. A culpa tem como antecedente objetivo um comportamento lícito.

O certo é que ao deixar de inserir a preterintencionalidade, o nosso estatuto não rematou convenientemente a disciplina jurídica do elemento subjetivo. A *Exposição de motivos* afirma, com ênfase, o valioso princípio de que não há pena sem culpa (*lato sensu*). Mas o Código traçou figuras que não se acomodam, quer à noção de dolo, quer à de culpa, inscritas no art. 15. Tome-se o art. 129, § 3.º, que poderia ter ao lado a rubrica de homicídio preterintencional, mas apresenta a de lesão corporal seguida de morte. Pressupondo lesões intencionais, esse dispositivo declara: “Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena — reclusão, de quatro a doze anos”.

Parte Geral de 1984, art. 18

Sendo doloso (art. 15, n.º I) o crime em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, a figura em exame não é de crime doloso. Nem é culposa, pois culposo (art. 15, n.º II) é o crime em que o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parte Geral de 1984, art. 18, n.ºs I e II

Não há fugir, portanto, a estas alternativas: ou o Código Penal conceituou

insuficientemente a culpabilidade, ou admitiu, contra a determinação implícita do seu texto e expressa dos seus autores, a responsabilidade objetiva, sem culpa. Não há dúvida — nem podia deixar de ser assim — de que, tendo em apreço a importância de certos resultados lesivos, lhes cominou penas, apesar de não incluídos no propósito do sujeito ativo. Limitou-se, nesse ponto, a exigir nítido nexos de causalidade material, apurável conforme a doutrina da equivalência das condições (art. 11).

Parte Geral de 1984, art. 13

Repare-se em como é elevada a pena mínima de quatro anos de reclusão na mencionada figura delituosa. Em tal crime, a violência empregada pelo vulnerador não é, ordinariamente, das maiores. Se o fosse, não se chegaria de pronto, em seu benefício, à inferência de inexistir o dolo no tocante ao resultado. O que proporciona a convicção de que o agente não quis matar, nem ao menos assumiu o risco de fazê-lo, é, quase sempre, a pouca idoneidade do meio utilizado, em relação ao evento. Fenômeno interno, o dolo é principalmente interpretado pelos atos.

Na lesão seguida de morte, esta é inesperada para o sujeito ativo. Constitui uma fatalidade fortuita, da qual raro aconteceria ser o réu o causador e responsável, se à sua conduta não se adicionasse alguma condição estranha, que o seu procedimento, inegavelmente, põe em atividade, mas que tem por si mesma acentuado dinamismo causal. Subjetivamente o procedimento do acusado apresenta-se, na generalidade dos casos de lesão seguida de morte, menos perverso que em certas lesões graves ou gravíssimas inteiramente intencionais. A objetividade do crime, com o trágico desfecho sobrevindo, é que leva o legislador a cominar penas severas. Eis sensível aspecto da importância do resultado no Direito Penal.²¹

Na sistemática do nosso Código, os crimes do gênero a que nos vimos referindo intitulam-se qualificados pelo resultado.²²

Não tendo o agente querido o resultado, nem assumido o risco de produzi-lo, será pelo menos necessário que lhe fosse previsível? Não, a previsibilidade, a nosso ver, não é elemento das figuras delituosas desse tipo. Não o é — consoante a mais justificada opinião — da preterintencionalidade, de modo geral.

O legislador, que evidentemente não ignorava a larga controvérsia doutrinária que empolgou o Direito estrangeiro acerca de tal questão, absteve-se de incluir, no dispositivo aludido e em outros similares, qualquer palavra que indique constituir requisito a previsibilidade.

Entrevê-la exigível no texto equivaleria a esmaecer e tornar confusa a linha demarcatória entre as modalidades delituosas em apreço e as formas de evento doloso. O juiz que, fazendo a análise retrospectiva da conduta do acusado, entendesse, por exemplo, que o poder ofensivo do ato criminoso por ele executado devia, normalmente, levá-lo a prever a morte da vítima, jamais pararia nessa conclusão. Iria além, decidindo que previu e que, portanto, quis a morte.

Não se objete com o fato incontestável de que a previsibilidade, na culpa *stricto*

sensu, não denota, sempre, a previsão. No delito culposos, a atitude inicial é inocente. Por isso é facilmente admissível que a pessoa que a realizou tenha estado na possibilidade de prever um dano sem realmente o ter previsto, vindo a produzi-lo, assim, involuntariamente. Mas o antecedente do homicídio preterintencional é uma ofensa física intencional. Se o agente a pratica com a previsibilidade da morte da vítima, morte que em verdade ocorre, será porque está executando atos que costumam causar esse evento e, em tal caso, as circunstâncias levarão a crer que efetivamente pretendeu causá-lo. Em face da intencionalidade inicial da conduta do acusado, o julgador, na contingência de perquirir o dolo através da materialidade da ação delituosa, passaria, da previsibilidade, ao reconhecimento da previsão, devendo então punir por homicídio doloso.

Mas a tendência predominante entre os juizes não é para o rigor, e sim para a benevolência. Se a previsibilidade constituísse elemento da figura a que se deu o nome de lesão corporal seguida de morte, a decorrente incerteza das suas fronteiras com o homicídio doloso ensejaria a freqüentíssima desclassificação de verdadeiros homicídios dolosos para preterintencionais.

E deve ter sido mesmo para evitar, no Tribunal do Júri, constantes, injustos e perigosos pedidos de desclassificação de homicídios dolosos para preterintencionais, que se fixou o mínimo da cominação penal em limite ainda bastante severo. Se a pena fosse menos elevada, nenhum réu concordaria mais em ter querido o resultado ou assumido o risco de produzi-lo.

Não há, pois, necessidade de se indagar da previsibilidade, quando alguém seja acusado de crime preterintencional, ou qualificado pelo resultado. O mais que se pode conceder, nesse terreno, tentando-se harmonizar da melhor maneira certas figuras da Parte Especial do Código com as regras da Parte Geral sobre o elemento subjetivo, é que ocorre, quanto ao resultado, uma presunção absoluta de previsibilidade, presunção que, por sua natureza, dispensa averiguações e não tolera prova em contrário. Tal presunção decorreria do conceito de que *vulnera non dantur ad mensuram*. Quem ofende a integridade física alheia não pode contar com rígidos limites para as conseqüências da sua conduta. Conquanto não tivesse previsto, sempre estaria em condições de prever a superveniência do maior dos danos, a morte.

Tão-só sob esse aspecto se poderá dizer que a preterintencionalidade, considerada em doutrina como terceira forma do elemento subjetivo, seja um misto de dolo e culpa. A culpa, quanto ao resultado, fundar-se-ia nessa presunção absoluta de previsibilidade, que afinal conduz à aceitação da responsabilidade objetiva, para situações excepcionais. Porque a culpa presumida é culpa cuja realidade o julgador se dispensa de apreciar no caso concreto.

Conforme dissemos ao tratar da causalidade material, as figuras preterintencionais, como essa do art. 129, § 3.º, comportam — exatamente porque o elemento subjetivo não alcança o resultado — aplicações por demais severas, que poderão até ser iníquas, em certos casos de desproporção muito acentuada entre a alta gravidade do evento sobrevivendo e o pequeno grau de intensidade criminal da ação ou omissão. O abrandamento do rígido sistema tem sido proposto: mais aceitavelmente, no setor da causalidade física, com admitir-se a interrupção do nexo causal (§ único do art. 11), graças à intercorrência de condições relativamente

independentes da instituída pela conduta do agente. Leiam-se, a propósito, as ponderações que deixamos consignadas no cap. VII (n.º 71).

Parte Geral de 1984, art. 17, parágrafo único

Os crimes com resultado diverso do pretendido pelo agente — crimes preterdolosos e agravados pelo resultado — conheceram significativas mudanças com o advento da Parte Geral de 1984. Isso porque o art. 19 do atual diploma, ao contrário de seu equivalente no Código anterior, estabelece que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Dessa feita, não se coaduna com a legislação atual a conclusão de Basileu Garcia de que “não há de se indagar da previsibilidade, quando alguém seja acusado de crime preterintencional, ou qualificado pelo resultado”. Se o Código de 1940 levava a esse entendimento, a Parte Geral de 1984 buscou expressamente afastá-lo, haja vista a sua Exposição de Motivos haver expressamente consignado que a Reforma retomou o princípio da culpabilidade nos crimes qualificados pelo resultado, que eram submetidos no Código anterior “à injustificada responsabilidade objetiva” (n.º 16).

Por esse motivo, tanto no crime preterdoloso quanto naqueles que se qualificam pelo resultado mais grave, “só responde o agente pelo resultado mais grave, conforme dicção do art. 19 do Código Penal, se for este pelo menos previsível, ou seja, se houver culpa” (REALE JR., 2002: 267).

88 — Eis, portanto, numa síntese, a escala do elemento subjetivo. No ponto culminante está o dolo determinado. Aparecem, a seguir: o dolo indeterminado alternativo; o dolo indeterminado eventual; a preterintencionalidade; a culpa consciente; a culpa simples, sem previsão. Finalmente, o elemento subjetivo anula-se no caso fortuito.

89 — Cumpre agora tratar do erro de direito e do erro de fato, prosseguindo-se, por uma forma indireta, no estudo do dolo e da culpa.²³

Uma importante ressalva deve ser feita: desde a Parte Geral de 1984, não se fala mais em erro de fato e erro de direito, mas, sim, em erro de tipo e erro de proibição. Não se trata de mera substituição terminológica, mas de institutos distintos, com

regramentos e conseqüências diferentes. A fim de privilegiar a exposição de Basileu Garcia, optamos por fazer as anotações de atualização referentes a esses temas ao final de seu texto, para não prejudicar a fluidez da leitura.

Empregadas, muitas vezes, como equivalentes, as palavras erro e ignorância representam fenômenos psicológicos diversos. A ignorância é a ausência total de noção acerca de determinado objeto, ao passo que o erro é o conhecimento falso do objeto. Um é estado positivo; a outra, negativo. Equiparam-se, porém, quanto às conseqüências, do ponto de vista do Direito Penal, e é esse o motivo pelo qual se utilizam os dois vocábulos indiferentemente. Torna-se preferível, todavia, recorrer à palavra erro, que é mais usual.

O erro pode ser de direito e de fato. O erro de direito não exclui a delituosidade. Na legislação domina a regra de que *error juris semper nocet*. A respeito, o Código, criando uma presunção absoluta, declara, no art. 16: “A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena”. Firmou-se, dessa maneira, um preceito considerado essencial para a plena eficácia das normas repressivas. Se se pudesse alegar o desconhecimento da lei penal, para eximir-se o agente de responsabilidade, não haveria mãos a medir na formação e conseqüente acolhimento das escusas.

Parte Geral de 1984, art. 21

Alguns escritores procuram estabelecer distinções quanto ao erro de direito. Uma delas consiste em admitir-se a eficácia de tal gênero de erro quando se trate de crime de mera criação política, não reprovado pela moral. Determinados fatos são evidentemente delituosos. Toda gente sabe que atentar contra a propriedade é um crime; e assim é a maior parte das infrações de que se ocupa o Direito Penal. Há, porém, figuras delituosas instituídas, com visível artificialismo, no interesse da proteção de certos bens jurídicos. As ocorrências desse tipo — adverte-se — deveriam comportar a influência eximente do desconhecimento da lei.

O vigente estatuto concede ao erro de direito escusável tão-só eficácia atenuante (art. 48, n.º III).

Parte Geral de 1984, art. 65, n.º II

O projeto de Código Penal elaborado por FERRI, em 1921, incluía o erro de direito escusável entre as causas justificativas. Na exposição de motivos o autor esclareceu o seu pensamento, dizendo que essa excepcional isenção devia ser admitida em favor de pessoas que tivessem razões sérias para ignorar a lei penal. Assim, o caso de um analfabeto, sem culpa da sua insuficiência intelectual, e o caso

de alguém que vivesse, por muito tempo, isolado em território desabitado.²⁴

Em matéria contravencional, a nossa legislação confere eficácia eliminatória da pena ao erro de direito. Preceitua o art. 8.º da Lei das Contravenções: “No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”. Como se vê, não há aí uma excludente a operar *pleno jure*. O juiz deve apreciar, com cuidado, as circunstâncias, para acolher ou não a defesa invocada.

Em decisão de um dos magistrados criminais da Capital paulista, foram absolvidos certos indivíduos acusados de terem passado uma rifa — fato que constitui contravenção. Baseou-se o juiz na permissão do art. 8.º. Argumentou com a incultura dos réus — pessoas simples, que não podiam imaginar fosse passível de pena ato tão comum, especialmente considerando-se que o jogo, sob alguns aspectos delituosos, era abusivamente tolerado.

A assertiva de que o erro de direito não escusa prende-se ao erro de Direito Penal. É irrelevante ignorar o agente, por exemplo, que a apropriação indébita constitui crime. Mas o erro sobre o Direito extrapenal (Civil, Administrativo, etc.), considera-se erro de fato. Se o agente, em virtude do errôneo entendimento de uma relação jurídica, conserva como sua a coisa alheia, incide em erro de direito extrapenal, equivalente a erro de fato — e não poderá ser condenado por apropriação indébita. A *Exposição de motivos* apresenta um tópico²⁵ que parece desautorizar essa conclusão, a qual, no entanto, prevalece na melhor doutrina, em meio a largos debates. Estudamos o assunto do erro de direito extrapenal em parecer que se encontra na *Revista dos Tribunais*, vol. 146, pág. 22.

Temos por inconcebível, *verbi gratia*, se declare responsável por crime assimilado ao de moeda falsa a pessoa que, como na hipótese de CARRARA, ao regressar ao território nacional, de onde se ausentara durante certo tempo, passou, de boa-fé, cédulas cujo recolhimento fora ordenado por intercorrente lei. Com razão proclamou o mestre de Pisa (*Opuscoli*, 7.º vol., pág. 391): “sarebbe iniquità condannarlo alla pena”.

O brocardo *ignorantia legis non excusat*, corporificando uma ficção, manda às vezes punir o verdadeiramente inocente, o que repugna ao senso de justiça. Ele afronta o princípio de culpabilidade. Convém aceitar as atenuações que tolera, e uma bem razoável é a eximente influência do erro de direito extrapenal, quando conduza a erro sobre elemento de fato da infração.

90 — O erro de fato pode ser essencial e accidental. É essencial, quando versa sobre elemento constitutivo da infração, de tal forma que o crime não se verificaria, se não fora o erro. É accidental, quando incide sobre aspecto acessório, secundário, de modo que o crime se verificaria, mesmo sem o erro, e com ele apenas se modifica na sua concreta manifestação.

Exemplificando: alguém detona a sua arma de fogo contra um vulto, na certeza de se tratar de perigoso animal. Vem a ferir e matar um homem. Pratica homicídio. É óbvio que, nessa hipótese, não existe dolo, e, se também não houve imprudência por parte do agente, ele não é responsável pelo homicídio. O erro é tal, que tornou inexistente o crime, pela carência de causalidade subjetiva. Versa sobre elemento indispensável à configuração do fato criminoso, pois o agente não teria detonado a

arma, se soubesse estar ante uma criatura humana. O erro essencial exclui o dolo. Quem age nessas condições não procede com vontade consciente.

Alguém se apossa de objeto pertencente a outra pessoa, mas assim procede na convicção de que é seu. Não incorre em crime de apropriação indébita, por lhe faltar a vontade consciente de se apoderar de coisa alheia.

Uma pessoa casa-se com outra, já casada. As leis penais punem a quem, por essa forma decisiva, coopera para a prática do crime de bigamia. Mas tal pessoa não sabe da existência do casamento anterior. Procede por força de erro essencial.

É evidente, em cada um desses casos, que o dolo não existe, mas é o erro que lhe exprime a inexistência.

Exemplo de erro accidental: o caso de um indivíduo que subtrai objeto de A, supondo ser de B. Está procedendo com erro, também, mas o erro não altera substancialmente o fato, não lhe elimina a criminalidade. Ou furta farinha, imaginando que é açúcar. O erro, nesses casos, diz respeito a circunstância secundária da infração. Pouco se dá que o objeto seja de A ou B, pois é certo que não pertence ao agente; e não importa a sua natureza: integra-se a figura delituosa do furto.

91 — Se o agente, com a deliberação de furtar, subtraísse coisa própria, supondo-a alheia, haveria aquilo a que se chama — delito putativo, que, afinal, não é delito algum e escapa à repressão penal.

Dois códigos modernos, o italiano e o uruguaio, definem o delito putativo: aquele, dizendo não ser punível quem realiza atos não constitutivos de delito na suposição errônea de que o integram (art. 49); e este, declarando que “não se castiga o fato juridicamente lícito, cometido sob a convicção de ser delituoso, nem o fato delituoso provocado pela autoridade para obter a sua repressão” (art. 8.º). Acrescentou esse dispositivo serem aplicáveis medidas de segurança.

Na generalidade das hipóteses estudadas, delito putativo e tentativa absolutamente impossível são antes modos diversos de encarar o mesmo fenômeno do que entidades essencialmente distintas. No delito putativo, o agente, com a certeza de estar delinquindo, pratica ato indiferente ao Direito Penal. Não lhe cabe qualquer punição, porque a sua conduta não se enquadra em um texto repressivo. Outros exemplos: o indivíduo pratica incesto, no Brasil, pensando que o nosso Código o inclui entre os delitos. Diz a verdade ao depor, convicto de que a está falseando.²⁶ Mantém relações com a esposa, imaginando encontrar-se com a mulher de outro homem. Recebe, a título de “luvas”, aumento de aluguel que a lei permite.

O adultério não é mais considerado crime. A Lei n.º 11.106/2005 revogou o art. 240 do Código Penal, onde era previsto o respectivo tipo penal.

Em todos esses casos, a infração à lei penal é meramente imaginária e, sem embargo da disposição a praticar crime, nenhum o agente comete. Há dolo, mas

falta o elemento objetivo, sem o qual não existe crime. Entretanto, exceto no exemplo do incesto, a absolvição — se, por absurdo, se instaurasse processo — poderia estribar-se no que dispõe o Código sobre a tentativa absolutamente impossível por impropriedade do objeto.

Assim, a designação delito putativo melhor se adapta àqueles casos em que inexistente totalmente molde legislativo para o comportamento que o agente acredita constituir infração penal.

Onde mais se mescla a teoria da tentativa impossível com a do crime putativo é nas infrações suscitadas, com intuito repressivo, pelos representantes da Polícia ou da Justiça.²⁷ O Código uruguaio aproxima-as ao delito putativo, tanto que engloba as duas figuras sob uma só rubrica: “Do delito putativo e a provocação pela autoridade”.

Adverta-se, porém, que a provocação da autoridade pode estar apenas sucedendo a uma tentativa idônea ou a uma infração consumada, ambas puníveis, cuja prova se procura mediante ardis. Ter-se-á de separar o episódio fictício do verdadeiramente delitual, que autoriza pena.

92 — O nosso Código disciplina o erro de fato no art. 17, que reza: “É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Trata-se, nessa disposição, do erro essencial — do que diz respeito à própria constituição do fato.

O Código de 1984 disciplina o erro nos arts. 20 e 21. O art. 20 trata dos erros sobre elementos do tipo, enquanto o art. 21 trata do erro sobre a ilicitude do fato. Mais comentários sobre ambos os institutos serão feitos ao final deste capítulo.

O erro é sempre uma suposição falsa. Assim, parece que a segunda parte do dispositivo repete a primeira. Entretanto, visa, em especial, a justificação putativa, como se percebe através do qualificativo legítima, posto para designar a idéia que o agente faz da própria conduta. Ao passo que, na sua proposição inicial, o dispositivo alude ao erro sobre algum dos indispensáveis componentes do tipo de crime descrito na lei, — na parte final considera a falsa crença do agente de que o seu comportamento é jurídico e se enquadra em situação objetiva que a lei justifica.

Frise-se esse caráter objetivo da situação imaginada. Será irrelevante que o agente, em satisfatórias condições mentais, se suponha alienado e irresponsável, ou menor de dezoito anos, se conta dezenove ou vinte.

Exemplifiquemos. Alguém, por fatal equívoco, se supõe em legítima defesa, ou noutro estado discriminante, dentre os compreendidos no art. 19 do Código. A suposição, desde que seja perfeitamente plausível, favorece-o perante a Justiça. A aponta o seu revólver para B: este saca da sua arma e fere A. Verifica-se que o revólver de A estava descarregado; mas B tinha certeza da existência de um perigo. A sua suposição de que se achava na iminência de ser morto faz com que o

legislador o declare isento de pena. Em favor de B milita, nessa hipótese, a chamada legítima defesa putativa. Vigora, no assunto, o aforismo de que o putativo equivale ao real.

O art. 19 do Código de 1940, que arrolava as causas justificativas, equivale ao art. 23 do Código em vigor, que elenca as causas excludentes de ilicitude. O erro sobre uma dessas causas — as chamadas descriminantes putativas — é tratado no § 1.º do art. 20 do diploma atual. A despeito de incluir-se na rubrica do erro de tipo, veremos na nota de atualização ao fim do capítulo que, a depender do que motivou o erro, as descriminantes putativas podem configurar-se tanto em erro de tipo quanto em erro de proibição.

Ao assunto retornamos no capítulo seguinte (v. tópico n.º 104).

93 — O erro culposo é disciplinado no § 1.º do art. 17, que diz: “Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. Assim o exemplo acima proposto, de alguém que atire contra um ser humano, supondo fazê-lo contra perigoso animal: o homicídio poderia ser culposo, se se comprovasse que o resultado lesivo havia decorrido de imprudência ou negligência do agente. O erro seria vencível e, como tal, cancelando o dolo, não elidiria a culpa estrita.

Parte Geral de 1984, art. 20, § 1.º

No caso da apropriação indébita, em que o indivíduo se apodera da coisa alheia, supondo ser própria, não existe, evidentemente, crime doloso. E também não se dá crime culposo, porque não cogita a lei penal de apropriação indébita culposa. De modo que, se o erro derivasse de culpa do sujeito ativo, consistente em não ter, por descaso, verificado que o objeto não era seu, continuaria impunível.

O § 2.º do art. 17 cuida do erro produzido por terceiro, declarando: “Responde pelo crime o terceiro que determina o erro”. É uma disposição intuitivamente certa. Obviamente, deve ser responsabilizado aquele que provoque o erro. Pode originá-lo por dolo ou culpa.

Parte Geral de 1984, art. 20, § 2.º

Essa norma legal suscita situações curiosas. Tenha-se presente que um indivíduo induza ao casamento pessoa casada, convencendo-a, com artifícios, da cessação do impedimento. O autor dessas manobras iludentes, sem ter contraído matrimônio, será responsabilizado por bigamia, a cuja acusação se subtrairá o nubente.

Trata o § 3.º do erro sobre a pessoa. O erro accidental pode comportar duas modalidades: a) erro sobre o objeto ou a pessoa, a quem é dirigido o crime (*error in objecto*, *error in persona*); b) *aberratio ictus*.

Parte Geral de 1984, art. 20, § 3.º

Por exemplo, alguém quer ferir o indivíduo A, mas A foi substituído, no lugar em que se encontrava, pelo indivíduo B. O agente fere B, pensando ferir A. Nítida é a irrelevância desse erro accidental.

A figura da *aberratio ictus* oferece analogia com o erro sobre a pessoa. Suponha-se alguém que detona uma arma para ferir A; dá-se o desvio, a aberração do ataque, que vai alcançar B. Há erro, mas a hipótese, agora, é diferente. Se, no primeiro caso, A não corre perigo, no segundo a arma é dirigida contra A — e só não o alcança por uma eventualidade. Está a diferença entre as duas situações em que, na última, há um atentado contra a primeira pessoa, sendo alcançada a outra. Ao passo que no erro sobre a pessoa não há atentado algum contra a primeira pessoa: a ação se concentra totalmente na segunda.

Prestado esse esclarecimento, acompanhe-se o § 3.º: “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Parte Geral de 1984, art. 20, § 3.º

Imagine-se que o agente queira matar A — um estranho para ele — e venha a matar o seu próprio pai. Não se reputará, perante a lei, parricida — sujeito à agravante decorrente da relação de parentesco, porque pelo Código não prevalecem as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. No caso contrário: se quisesse matar o próprio pai, e matasse um estranho, vigoraria a agravante (art. 44, II, f). Continua, pois, a atuar a parêmia de que o putativo equivale ao real.

Parte Geral de 1984, art. 61, e

A punição, na *aberratio ictus*, é regulada pelo art. 53: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no art. 17, § 3.º, 2.ª parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51”. Havendo *aberratio ictus*, aquele que fere B, quando dirigia a arma contra

A, é julgado em conformidade com as circunstâncias, de exasperação ou abrandamento penal, concernentes à pessoa visada, não se levando em conta as alusivas à verdadeira vítima. Pode suceder que sejam alcançadas pelos efeitos do crime as duas pessoas. Nessa hipótese, dá-se um concurso formal de delitos, assunto que será examinado no cap. XIII.

Parte Geral de 1984, arts. 20, § 3.º, e 73

A disciplina do erro jurídico-penal foi das que mais mudou com o advento da Parte Geral de 1984. Ainda que alguns sustentem que as atuais modalidades de erro — de tipo e de proibição — são apenas os velhos erros de fato e de direito rebatizados, isso não é exato, já que as duas espécies de erro tratadas por Basileu Garcia enquadram-se como dirimentes de culpabilidade, ao passo que nem todo erro importa à culpabilidade no atual regramento da matéria. Para entender o porquê dessa mudança, é preciso considerar o desenvolvimento das teorias da culpabilidade nas décadas passadas.

Até meados do século passado, entendia-se, como Basileu Garcia, que dolo e culpa eram integrantes da culpabilidade. Assim, esses componentes psicológicos da conduta do fato, somados a uma certa reprovabilidade pela opção de contrariar a lei, compunham o chamado “elemento subjetivo do crime”. As diversas teorias que sustentaram-se sobre estes pilares são chamadas de teorias do dolo.

Após a reforma penal alemã de 1975, tais teorias perderam espaço, dada a afinidade do legislador daquele país com as teorias da culpabilidade. Há duas importantes teorizações distintas que podem abrigar-se nessa rubrica: a teoria extremada, ou estrita, da culpabilidade; e a teoria limitada da culpabilidade. No tratamento das discriminantes putativas, será conveniente apontar as diferenças entre uma e outra. Por ora, importa mais destacar uma importante semelhança, notadamente no tocante à posição do dolo e da culpa nos elementos analíticos do crime. As teorias da culpabilidade desmembraram a culpabilidade concebida pelas teorias do dolo: o elemento da reprovabilidade permaneceu na culpabilidade; já o dolo e a culpa foram deslocados para a tipicidade. Dessa forma, o conhecimento das circunstâncias de fato importava ao tema da tipicidade, enquanto o conhecimento da proibição permanecia afeto à culpabilidade. Conseqüentemente, dividiu-se também a doutrina do erro, e assim dividida ela é considerada pela maior parte da doutrina atual.

O erro quanto a circunstâncias fáticas que sejam

elementares do tipo penal será erro de tipo, conforme define o art. 20 do Código Penal em vigor. Afinal, se, como já foi dito, o dolo implica conhecimento e vontade, o erro quanto a circunstâncias fáticas atinge o primeiro requisito — conhecimento —, eliminando o dolo da ação. Como o dolo pertence ao tipo nas teorias da culpabilidade, o erro de tipo importará ao juízo de tipicidade da conduta: se for inevitável, levará à atipicidade da conduta, por falta do elemento subjetivo; se for vencível, nos termos do § 1.º do artigo mencionado, a conduta será punida a título de culpa, desde que seja prevista modalidade culposa.

O erro quanto ao caráter ilícito da conduta afeta o juízo de reprovabilidade do ato, que pertence ao âmbito da culpabilidade, como já foi dito. Diz o art. 21 da Parte Geral de 1984 que o erro quanto à ilicitude da ação isentará o agente de pena, se inevitável; se evitável, permitirá a sua redução, de um sexto a um terço.

Assim, determinar a relevância penal do erro — excludente de dolo, na modalidade “erro de tipo”; ou dirimente de culpabilidade, na modalidade “erro de proibição” — dependerá de se precisar aquilo sobre que recai a má compreensão do agente: caso se trate de circunstância fática que seja elementar do tipo penal, tratar-se-á de falta de elemento cognitivo, que compõe o dolo, e, portanto, de erro de tipo, que desconfigura o dolo; se, ao contrário, tratar-se de erro quanto ao juízo de proibição do fato, motivado não por má compreensão dos fatos, mas, sim, por um juízo equivocados do caráter ilícito do fato, será caso de erro de proibição, que afeta a culpabilidade, por diminuição da reprovabilidade da conduta do agente.

Um exemplo ajudará a ilustrar a situação: se um sujeito, na saída de um espetáculo movimentado, recebe carro idêntico ao seu das mãos do manobrista e parte com o veículo, para apenas depois descobrir que o carro que tomou não é em verdade o seu, desempenha conduta em princípio típica, mas o faz por má representação de um elemento da realidade — o carro que em verdade não é seu — que é constitutivo do tipo penal de furto, que exige seja a coisa “alheia” (Código Penal, art. 155). Falta-lhe, portanto, conhecimento fático sobre elemento constitutivo do tipo. Uma vez que o dolo não é só intenção de agir mas também o conhecimento que é pressuposto desta intenção, o motorista não terá agido dolosamente, por não ter demonstrado, em princípio, intenção de subtrair coisa “alheia”: seu objetivo era tomar seu próprio carro. Por consequência, sua conduta será atípica, já que o dolo situa-se no âmbito da tipicidade, e não da culpabilidade, como acontecia nas chamadas teorias do dolo.

Resta ainda uma última situação, um pouco mais complexa. Trata-se das chamadas descriminantes putativas, previstas no art. 20, § 1.º. A descriminação putativa dá-se quando, “por erro

plenamente justificado pelas circunstâncias” o agente “supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Acrescenta o dispositivo que “não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. A considerar a redação do dispositivo — suposição de “situação fática” — e a sua localização legislativa — é um parágrafo do art. 20, batizado de “erro sobre os elementos do tipo” — poder-se-ia imaginar, à primeira vista, que as discriminantes putativas seriam sempre hipótese de erro de tipo. Contudo, não é assim que a doutrina as trata: a depender das circunstâncias, poderão ser erro de tipo ou erro de proibição. Para entender o porquê disso, convém, agora sim, explicar a diferença entre as principais teorias da culpabilidade.

Para os adeptos da “teoria extremada (ou estrita) da culpabilidade”, o erro quanto a um dos elementos da situação, que leve à falsa consideração de que se trata de situação lícita, “constitui um erro sobre a legitimidade da ação”, faltando consciência quanto a sua ilicitude (REALE JR., 2002: 203). Dessa forma, considera que “o erro sobre a ilicitude do fato”, mesmo que motivado por má compreensão da realidade fática, “é sempre erro de proibição” (PRADO, 2004: 417).

Já os seguidores da “teoria limitada da culpabilidade” consideram, ao contrário, “que o erro sobre circunstância de fato que se existisse faria a ação ser legítima, é um erro de tipo” (REALE JR., 2002: 203). Desse modo, matar um desafeto que se imagina estar sacando uma arma, quando em verdade este buscava por um molho de chaves em seu bolso, é conduta desprovida de dolo, por falta do elemento cognitivo, o que “constitui um erro de tipo e não um erro de proibição sobre a legitimidade da ação” (REALE JR., 2002: 203). É o que a doutrina chama de erro de tipo permissivo. Se, ao contrário, o erro relacionar-se aos limites de uma causa de justificação, tratar-se-á de erro de proibição, que atinge a culpabilidade, permanecendo o dolo intacto.

Para grande parte da doutrina, a Parte Geral do Código de 1984 optou pela teoria limitada da culpabilidade (REALE JR., 2002: 204-205; PRADO, 2004: 418). A Exposição de Motivos expressamente manifestou-se nesse sentido: “ajusta-se o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva” (n.º 19).

94 — O elemento subjetivo simplifica-se extremamente nas contravenções. A lei que as compendia determina, no seu art. 3.º: “Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”.

Subordinando-se a existência do fato contravençional a uma ação ou omissão

voluntária, não se pode, é claro, dizer que o elemento subjetivo é dispensado. Este necessariamente existe. E, sendo manifestação da vontade, também o é da inteligência. Ocorre, pois, na contravenção, um processo intelectual — volitivo, em relação ao qual, porém, não se indaga se tendeu ou não para um evento de dano ou de perigo (dolo), nem se a ação ou omissão oriunda de tal processo foi realizada com imprudência, negligência ou imperícia (culpa).

A *Exposição de motivos* da Lei das Contravenções Penais explica: “O elemento moral das contravenções é a simples *voluntariedade* da ação ou omissão, isto é, para o reconhecimento do fato contravencional, prescinde-se do dolo ou da culpa. Qualquer destas formas de culpabilidade só é tomada em consideração quando de sua existência depende algum efeito jurídico, como, por exemplo, quando qualquer delas condicione, excepcionalmente, a própria existência da contravenção, ou quando se trate de graduar ou individualizar a pena aplicável no caso concreto”.

As contravenções, tanto quanto os delitos, cometem-se ou deliberadamente ou por mera desatenção. Seriam dolosas ou culposas. Mas, como são ocorrências de pequena monta, sempre apenadas benignamente, a sua distribuição pelas duas categorias do elemento subjetivo, obrigando a mais minudente redação de cada figura, não teria sensíveis conseqüências, práticas.

Numa ou noutra modalidade contravencional, a peculiar natureza do fato levou a mencionar, no texto respectivo, um estado psíquico que inevitavelmente se reduz a dolo ou culpa.²⁸ A caracterização da figura exigirá, em tais hipóteses, a expressa ou subentendida forma de culpabilidade.

A referência feita à imposição da pena assim se esclarece. De acordo com o art. 42 do Código penal,²⁹ ao fixar a sanção, cumpre ao magistrado apreciar, entre outros dados, a intensidade do dolo ou grau da culpa. Também deve realizar a apreciação no campo contravencional, embora tenha dispensado o exame dos componentes da culpabilidade ao considerar tipificada a infração. Mas ainda aí se mostra de mínimo relevo o papel conferido ao dolo ou à culpa, porquanto o arbítrio na individualização penal é extenso e são múltiplos os índices que guiam a tarefa.

Em meio às divergências doutrinárias sobre o elemento psicológico das contravenções, o legislador pátrio seguiu o modelo do Código Penal italiano, que reza: “Nelle contravvenzioni, ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa”. Mas, levando em conta as desconstruídas interpretações que esse dispositivo provocara na península, imprimiu ao texto mais clareza.³⁰

Referências

AGUADO, Paz Mercedes de la Cuesta. *Culpabilidad: exhibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2004.

BELEZA, Teresa Pizarro; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. *Regime legal do erro e as normas penais em branco*. Coimbra: Almedina, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de

trânsito. In: _____. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Granada: Comares, 2004.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina do crime. 2ª Parte. Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 1, p. 7-44.

FRISCH, Wolfgang; PUPPE, Ingeborg; KINDHÄUSER, Urs; GRÜNWALD, Gerald; PAEFFGEN, Hans Ullrich. *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: RT, 1999.

HASSEMER, Winfried. Culpabilidade. *Revista de Estudos Criminais*, n. 3, p. 17-21, 2001.

HIRSCH, Hans Joachim. El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 5, p. 179-202, 1995.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2005.

JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. In: JAKOBS, G. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

JESHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidade en Alemania y Áustria. *Actualidad Penal*, n. X, p. 173-193, 1998.

MARTÍN, María Ángeles Rueda. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Bosch, 2001.

PALAZZO, Francesco Carlo. *Il fatto di reato*. Milão: G. Giappichelli, 2004.

PRADO, Luiz Régis. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, p. 128-142, 1999.

RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, p. 46-72, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: ROXIN, C.; JAKOBS, G.; SCHÜNEMANN, B.; FRISCH, W.; KÖHLER, M. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000 (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra).

_____. De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. In: SCHÜNEMANN, B. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. Madrid: Thomson Civitas, 2000.

STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey,

- 1 Bibliografia: ver, a respeito da culpabilidade em geral e, em particular, do dolo, além dos trabalhos que serão mencionados em subseqüentes notas: MARCELLO FINZI, *Il cosiddetto “dolo specifico”*, na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, pág. 380; B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Nápoles, 1951, a 2.ª edição; e *La concezione normativa della colpevolezza*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1948, pág. 16; M. GALLO, *Premesse alla teoria della colpevolezza*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1949, pág. 395; E. BATTAGLINI, *Postilla sul cosiddetto dolo indeterminato*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1948, pág. 16; I. DE BENEDETTI, *La teoria normativa de la culpabilidad*, Santa Fé, 1945; S. SOLER, *La raíz de la culpabilidad*, Montevideu, 1945; *De la culpabilidad en general*, em *Criminalia*, México, 1940, pág. 397 (esse mesmo trabalho foi publicado na *Revista Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, 1939, pág. 161); e *Imputabilidad y culpabilidad*, em *Criminalia*, México, 1939, pág. 20; R. C. NÚÑEZ, *Los elementos subjetivos del tipo penal*, Buenos Aires, 1943; E. ONDEI, *Alcune osservazioni sulla nozione del dolo*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1942, pág. 338; G. BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942; ERNESTO J. URE, *Del dolo directo al dolo eventual — apostillas a un artículo de Sebastián Soler*, em *Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, 1939, 4.º vol., pág. 329; G. MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939; ALFREDO GUILHERME BRAVO, *El dolo eventual*, em *Archivos Chilenos de Criminología*, Santiago, 1937, 1.º vol., pág. 163; E. ALTAVILLA, *Teoria soggettiva del reato*, Nápoles, 1933; SILVIO RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milão, 1933, e *Dolo e infermità di mente*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1953, pág. 33; G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Pádua, 1930; A. KOEHLER, *Dolo, colpa, errore*, na coletânea *Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, Roma, 1930, 1.º vol., pág. 215; A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Nápoles, 1930; N. LEVI, *Dolo e coscienza dell’illiceità nel diritto vigente*, Cagliari, 1928; LADISLAU THOT, *Estudios comparativos sobre el dolo*, em *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1925, vol. 15, seção doutrinária, pág. 104, especialmente interessante pela série enorme de definições e conceitos acerca do dolo; F. CARRARA, *Dolo*, em *Opuscoli di Diritto Criminale*, Florença, 1898, 1.º vol., pág. 303; ALESSANDRO MALINVERNI, *I moventi a delinquere*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1956, pág. 269; OTTORINO VANNINI, *Poche parole, ma chiare parole in tema di dolo*, em *Quid iuris*, Milão, 1954, pág. 701; ISIDORO DE BENEDETTI, *La teoria normativa de la culpabilidad*, na *Revista Penal de la Habana*, 1956, pág. 160.

Para indicações referentes à bibliografia alemã, ver E. MEZGER, *Tratado*, trad. de MUÑOZ, edição de 1946, 2.º vol., pág. 1.

Na literatura brasileira: ABRAÃO ATEM, *Noção gradativa da culpabilidade*, Teresina, 1953; FERNANDO DE MENDONÇA, *O dolo eventual, a culpa consciente e a culpa propriamente dita, de acordo com o art. 15 do Código Penal*, em

Arquivo Judiciário, Rio, 1945, vol. 76, pág. 25 do suplemento; A. J. DA COSTA E SILVA, *A propósito do dolo criminal*, aditamento à obra *Código Penal*, 2.º vol., São Paulo, 1938, pág. 456; FRANCISCO MENDES PIMENTEL, *Dolo, preterintencionalidade, culpa, caso*, na *Revista Forense*, Belo Horizonte, 1917, vol. 28, págs. 5, 114 e 191; ROBERTO LYRA, *Crime doloso*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 13.º vol., pág. 322, e *Dolo*, na mesma obra, 19.º vol., pág. 1; ANÍBAL BRUNO, *A culpabilidade*, em *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, Recife, 1954, n.º 4, pág. 273; NÉLSON HUNGRIA, *Um novo conceito de culpabilidade*, na *Revista Forense*, Rio, 1957, vol. 172, pág. 5; NÉLSON FERREIRA DA LUZ, *Considerações sobre o dolo*, na *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, 1954, n.º 2, pág. 303; LÍDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO, *Fundamentos psicológicos da teoria do dolo e da culpa*, na *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, outubro de 1952, pág. 145; EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Dolo eventual*, em *Justitia*, São Paulo, 1964, vol. 47, pág. 36.

- 2 Era esta, mais completamente, a fórmula de LISZT: representação da importância do ato voluntário como causa,

certa ou provável, de um resultado objetivamente conforme a um tipo de crime.

3 A chamada concepção normativa da culpabilidade, de que é um reflexo a inserção do elemento valorativo na noção de dolo, floresceu na Alemanha, a partir de 1907, com aprofundado estudo de REINHARD FRANK, seguido por GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL, MEZGER e outros. O núcleo comum da teoria reside em que a culpabilidade não é mero fato psicológico intelectual-volitivo, mas um juízo valorativo. Efetuado por quem? Pelo próprio agente (normativismo subjectivo), ou por quem julga a conduta, considerando-a ou não como um processo censurável do autor, que se colocou ou não em contrariedade à norma (normativismo objetivo). Acerca do caráter da norma em que se estriba o juízo de culpabilidade, discrepam os normativistas.

Observa-se no plano normativista a tendência a ampliar as causas de inculpabilidade através do conceito de não exigibilidade de outra conduta, para atender a situações em que, infringindo-se embora a regra objetiva de direito, não se poderia pretender diferente comportamento, o qual, portanto, não é reprovável, decorreu de motivação normal, não autorizando o juízo de culpabilidade. A formulação dessa teoria na Alemanha representa, historicamente, uma reação contra as deficiências do Direito positivo (cfr. LUIGI SCARANO, *La non esigibilità nel Diritto Penale*, Nápoles, 1948).

ASÚA é um dos entusiastas da não exigibilidade “como causa geral e supra-legal de inculpabilidade”. Leia-se-lhe a interessante dissertação a esse respeito em *El criminalista*, Buenos Aires, 1942, 2.º vol., pág. 287.

O trabalho de JAMES GOLDSCHMIDT em torno da concepção normativa da culpabilidade foi traduzido para o castelhano pela esposa do insigne professor berlinense falecido em Montevideu e RICARDO C. NUÑEZ, que como prólogo lhe adicionou uma síntese feliz, intitulada *Bosquejo de la culpabilidad* (ver *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, 1943).

Dentre os defensores do normativismo na doutrina italiana, não podemos deixar de aludir à inteligente argumentação de BETTIOL (*Diritto Penale*, parte ger., Palermo, 1945, pág. 240), para quem, por sinal, o elemento noção da antijuridicidade, no dolo, não é incompatível com o ponto de vista psicológico, porque, segundo as exigências da noção normativa de culpabilidade, “quello che conta non è tanto la coscienza che l’agente abbia dell’antigiuridicità, illiceità, antidoverosità della propria azione (che con tutto ciò non esulerebbero ancora dai termini di una concezione psicologica), quanto la coscienza dell’antidoverosità dell’azione che il giudice esprime nella sua valutazione” (pág. 242).

Para FRANK, o dolo e a culpa não eram espécies da culpabilidade, mas somente elementos integrantes dela, em concomitância com outros dois: exigibilidade de uma conduta segundo a norma e imputabilidade mental do autor. Já com a evolução que teve na Alemanha a estrutura do delito consoante a teoria finalista, o dolo foi apresentado como elemento subjetivo do tipo, contribuindo, pois, relevantemente, para a tipicidade. E a culpabilidade passou a integrar-se tão-só com estes três componentes: exigibilidade de uma conduta conforme a lei, imputabilidade do autor e a possibilidade concreta de reconhecer o caráter ilícito do fato realizado. Leia-se, a propósito, a explanação de MAURACH, *A teoria da culpabilidade no Direito Penal alemão*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1966, n.º 15, pág. 19. E não deixe de conhecer a refutação brilhante e irônica de NÉLSON HUNGRIA às sutilezas e aos exageros da teoria finalista (mesma revista, n.º 16, pág. 7).

4 “A quem opõe como uma espécie de barreira intransponível o princípio *ignorantia legis non excusat* (art. 5.º), respondemos (diz MAGGIORE) que uma coisa é a antijuridicidade formal — sobre a qual não deve nem pode incidir o erro — e outra coisa é a antijuridicidade material, vale dizer — a natureza delitosa da ação. O erro sobre esta, ou seja a boa-fé, é inconciliável com o dolo” (*Principii di Diritto Penale*, 1.º vol., parte. ger., Bolonha, 1937, pág. 368).

Conquanto não conceba o dolo sem a noção de ilicitude, esse escritor contesta vivamente a asserção normativista de que a culpabilidade se reduz, toda, a um juízo de valor, integrado no ato de julgar. Cfr. *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Palermo, 1950, pág. 179.

5 Assim, por exemplo, v. HIPPEL, a propósito da teoria normativa, auspícia que, evitados os exageros e se não houver retrocessos culturais, o futuro lhe pertence. Na sua evolução, o Direito Penal partiu da simples responsabilidade pelo evento, para, através da teoria psicológica, tender à normativa. Mas — remata — “falta uma disciplina legislativa” (R. v. HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, trad. de R. VOZZI, pág. 196).

6 Excetuado o evento mais grave nos crimes preterintencionais ou qualificados pelo resultado (ver n.º 87).

7 A falta de expresso pronunciamento do art. 15, n.º I, sobre a questão levou COSTA E SILVA a dizer, nos seus comentários ao atual estatuto, 1.º vol., pág. 107: “Os códigos de data mais próxima continuam a adotar a noção psicológica ou ontológica dessa forma de culpabilidade. O nosso está nesse rol”. NÉLSON HUNGRIA, que já na monografia *A legítima defesa putativa* (Rio, 1936) pugnara pelo critério normativo, contesta a observação

de COSTA E SILVA, retornando, com o brilho habitual, à sustentação da sua tese (*Comentários ao Código Penal*, 1.º vol., Rio, 1949, pág. 313). Aliás, não se pode dizer que o grande penalista de São Paulo tenha sido infenso à inserção do elemento valorativo no dolo, como se apreende destas suas palavras, no 2.º vol. dos comentários ao antigo Código, pág. 462: “Se é verdade que nenhuma antítese existe entre a inescusabilidade da ignorância da lei penal e a consciência do valor da ação praticada, não o é menos que, quanto mais se propaga o conceito normativo do dolo, mais perde terreno, atenuando-se, pouco a pouco, o primitivo rigor do *error juris semper nocet*: tende a ignorância da lei penal a ser tratada menos severamente”.

8 Cabe uma ligeira concessão relativamente à chamada ilicitude especial, incluída na própria definição do crime. O legislador, às vezes, insinua na figura delituosa locuções como “sem justa causa”, “indevidamente”, etc. Visto que o dolo necessita abranger os elementos do fato típico, o agente deve ter a consciência de estar procedendo sem justa causa, indevidamente. Cfr., entre outros, os arts. 151, 153, 154 do Código Penal. E bem se vê que, se a noção de antijuridicidade fosse componente substancial do dolo, aquelas locuções seriam de todo supérfluas.

9 Sobre o dolo de perigo, v. DEMOSTHENES MADUREIRA DE PINHO, *O valor do perigo no Direito Penal*, Rio, 1939, pág. 112.

10 Denominação sintética, na doutrina, de figuras a que o nosso Código dá outros extensos nomes.

11 GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale*, págs. 121/2, 1.º vol., da tradução para o nosso idioma feita em São Paulo e pág. 105 da obra original, 7.ª edição, Pádua, 1969.

Nesta, às páginas 258/267, o eminente penalista estuda detidamente o problema dos elementos subjetivos da antijuridicidade (na tradução, págs. 321/333).

12 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1958 a 2.ª edição, 3.º vol., pág. 819. No Brasil, destacamos a minudente explanação de ANÍBAL BRUNO, *Sobre o tipo no Direito Penal*, na coletânea *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nélson Hungria*, Rio, 1962, pág. 47, e a síntese de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Elementos subjetivos do tipo*, na revista *Ciência Penal*, São Paulo, 1976, n.º 4, pág. 45. Consulte-se também a monografia do professor chileno SERGIO POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Santiago, 1965.

13 Alguns estudos sobre a culpa em sentido estrito: ENRICO ALTAVILLA, *La colpa*, Roma, 1950; e *La professione ed il delitto colposo*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1948, pág. 52; STEFANO RICCIO, *Il reato colposo*, Milão, 1952; ORFEO CECCHI, *Il delitto colposo*, Milão, 1950; O. VANNINI, *Un'ultima parola a proposito dell'evento colposo*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1949, pág. 315; F. GRISPIGNI, *La colpa nella ricostruzione del Prof. F. Alimena*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1947, pág. 566; MARIANO RUIZ-FUNES, *La culpa y el estado peligroso*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1947, vol. 45, pág. 834; do mesmo autor, *Culpa y peligrosidad*, na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, 2.º vol., pág. 426; ARTURO SANTORO, *La definizione del delitto colposo*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1937, pág. 1.200; WOLFGANG MITTERMAIER, *Intima essenza e trattamento penale della colpa*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1935, pág. 312; C. CORSONELLO, *La colpa punibile*, Nápoles, 1935; ALFREDO DEL VECCHIO, *La colpa e il delitto colposo*, na *Rivista italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1933, pág. 169; BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, Dijon, 1932; POZZOLINI, *L'elemento psicologico dei delitti colposi*, Pisa, 1930; DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, Ferrara, 1918, pág. 42; H. SAUVARD, *Le délit d'imprudence*, Paris, 1899; ALFREDO ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, Turim, 1901; CESARE GUZZON, *Concorso di colpa dell'offeso e impugnazione della parte civile*, em *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1954, pág. 529; AGRIPINO F. DA NÓBREGA, *Da culpa criminal*, na *Revista Forense*, Rio, 1945, vol. 102, pág. 226; RAUL MACHADO, *A culpa no Direito Penal*, São Paulo, 1943, 2.ª edição; ROBERTO LYRA, *Crime culposo*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 13.º vol., pág. 308; E. MAGALHÃES NORONHA, *Do crime culposos*, S. Paulo, 1957.

14 Indicações bibliográficas: ARTURO SANTORO, *Il caso fortuito nel Diritto Penale*, Turim, 1956; F. CARRARA, *Sul caso fortuito*, em *Opuscoli di Diritto Criminale*, Florença, 1898, 3.º vol., pág. 5.

15 É, categoricamente, a conclusão a que chega FRANCESCO ALIMENA (*La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, pág. 45), após dar um balanço a numerosas manifestações acerca desse ponto na doutrina alemã e italiana. Pondera que, se o agente não estava em condições de prever, não importa que, por ele, estivesse o homem médio. Em tal contingência, a imputação seria a título de responsabilidade objetiva, e não de culpa. GRISPIGNI aduz uma proposta eclética, trazendo para o confronto o homem médio da classe social a que pertence o agente (*Il nesso causale*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1935, pág. 30).

- 16 Veja-se o artigo de ALESSANDRO STOPPATO, *Causalità e colpa penale*, na *Rivista di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Turim, 1901, vol. 53, pág. 383, bem como o livro *L'evento punibile*, Pádua, 1898.
- 17 Em torno da culpa consciente: OTTORINO VANNINI, *Colpa cosciente nell'art. 43 del Codice Penale*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1937, pág. 841; e *Colpa semplice e colpa con previsione*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1936, pág. 361; STEFANO RICCIO, *Volontarietà della condotta e nesso di causalità nei delitti colposi*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1935, pág. 1.059; PASQUALE SARACENO, *La previsione dell'evento nei delitti colposi*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1934, pág. 632; ALFREDO DEL VECCHIO, *La previsione dell'evento nel delitto colposo*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1933, pág. 567; E. ALTAVILLA, *Dolo di pericolo con evento di danno e colpa con previsione*, na *Rivista Italiana di Diritto penale*, Pádua, 1932, pág. 137, e *Dolo eventuale e colpa con previsione*, na mesma revista, fasc. 2 de 1957, pág. 169; M. FINZI, *Previsione senza volizione nel Diritto Penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1922, parte 1.ª, pág. 167. Sobre o tema, o ilustre professor italiano, residindo então na Argentina, escreveu para a *Revista de Derecho Penal*, de Buenos Aires, 1945, pág. 357, o trabalho *El resultado no directamente querido — previsión sin volición en el Derecho Penal*, o motivo para amplo estudo das várias modalidades de elemento subjetivo.
- 18 COSTA E SILVA propôs, à comissão elaboradora do ante-projeto do Código, a seguinte fórmula, que na sua segunda parte conceituava a culpa consciente: “Diz-se o crime culposo quando o agente, deixando de observar a diligência a que era obrigado, não prevê o resultado, que podia prever; ou, prevenindo-o, confia em que ele não se verifique”.
- 19 Ainda que os fenômenos naturais geralmente inculquem o fortuito, pode a culpa perfeitamente ligar-se a tais fatos, como no exemplo de CARRARA a propósito da doméstica que, em noite calma, deixou a chama de uma lâmpada perto da janela guarnecida de cortina. Mais tarde, a brisa, que nada tinha de imprevisível no mutável céu da Itália, conduziu o tecido para o fogo e produziu um pequeno incêndio culposo.
- 20 Ver: LUIGI CONTI, *I reati aggravati dall'evento*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1950, pág. 715; LEONARDO GALLI, *La responsabilità penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa*, Milão, 1949; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El delito preterintencional*, em *El criminalista*, Buenos Aires, 1944, 4.º vol., pág. 207; G. PAOLI, *Dolo preterintenzionale e colpa*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1932, pág. 655; MARCELLO FINZI, *Il delitto preterintenzionale*, Turim, 1925; GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, 1952; RAUL MACHADO, *Da preterintencionalidade*, em *Direito*, Rio, 1944, vol. 28, pág. 52; ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, *Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código Penal de 1940*, São Paulo, 1948; ROBERTO LYRA, *Crimes preterintencionais*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 14.º vol., pág. 22; EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Os crimes qualificados pelo resultado*, na revista *Ciência Penal*, São Paulo, 1974, n.º 3, pág. 285.
- 21 Há, sem dúvida, exagero (diz SOLER) na opinião, reiteradamente manifestada, de que os delitos preterintencionais são uma sobrevivência bárbara (*Derecho Penal argentino*, 2.º vol., Buenos Aires, 1940, pág. 10). Sobrevivência bárbara, no sentido de que em épocas primitivas era bastante a causalidade material para a imposição de castigo, desprezado na ação humana o atributo subjetivo capaz de distingui-la do ataque de um animal ou da morte por um raio.
- 22 Uma corrente doutrinária, especialmente na Itália, faz distinção entre crime preterintencional e crime qualificado pelo resultado; neste, ao contrário daquele, o evento ulterior, mais grave, derivado involuntariamente da conduta criminoso, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado. Assim, ao passo que a lesão seguida de morte seria crime preterintencional, o abortamento seguido de morte da gestante seria crime qualificado pelo resultado. Cfr., por exemplo, SILVIO RANIERI, *Diritto Penale*, parte geral, Milão, 1945, pág. 233; e STEFANO RICCIO, *I delitti aggravati dall'evento*, Nápoles, 1936, pág. 115.
- 23 A propósito do erro em Direito Penal: S. PIACENZA, *Sintesi schematica della dottrina dell'errore*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1949, pág. 65; e outros trabalhos do autor, sobre o assunto, na mesma revista, vols. de 1948 e 1949, bem como em *La Scuola Positiva*, Milão, 1948, pág. 429; LEONARDO GALLI, *L'errore di fatto nel Diritto Penale*, Milão, 1948; C. SALTELLI, *L'errore su legge diversa dalla legge penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1946, pág. 321; E. ONDEI, *Considerazioni circa l'errore su norma diversa dalla legge penale*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1943; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*, Buenos Aires, 1942; ainda de ASÚA, *La “ceguera jurídica” y el remanente imputable en el error de prohibición*, em *Estudios de Derecho e Processo Penal em*

homagem a Nélson Hungria, Rio, 1962, pág. 9; NÉLSON HUNGRIA, *O erro de direito em matéria penal*, em *Justitia*, São Paulo, 1958, pág. 17; S. COSTA, *La valutazione dell'errore nel Diritto Penale*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1939, pág. 37; ALFREDO SANDULLI, *Ignoranza della legge penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, 2.^a parte, coluna 1.458; G. PENSO, *Ignoranza ed errore nel Diritto Penale*, MESSINA, 1936; E. ESCOBEDO, *Osservazioni circa l'errore su legge diversa da quella penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, coluna 763; R. A. FROSALI, *L'errore nella teoria del Diritto Penale*, Roma, 1933; P. MIRTO, *L'errore nel Diritto Penale*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1933; E. BATTAGLINI, *Errore su legge diversa dalla legge penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1933, 2.^a parte, coluna 1.188; F. CARRARA, *Della ignoranza come scusa*, em *Opuscoli di Diritto Criminale*, 7.^o vol., Florença, 1899, pág. 385; VINCENZO CAVALLLO, *I limiti della conoscibilità nel Diritto Penale*, em *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1954, pág. 131; ANDRÉ GARÇON, *L'erreur en Droit Pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du Droit Pénal*, Paris, 1956; LAERTES DE MACEDO MUNHOZ, *Erro de direito e erro de fato*, em *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, São Paulo, 1942, 3.^o vol., pág. 110, e na *Revista Forense*, Rio, 1945, vol. 103, pág. 443; ROBERTO LYRA, *Erro (Direito Penal)*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, sob a direção de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, vol. XX, pág. 251; JOACHIM WOLFGANG STEIN, *A relevância do erro de Direito Penal, forma superior de justiça?*, em *Justitia*, S. Paulo, 1957, vol. 18, pág. 16; GERALDO SPYER PRATES, *Aspectos da ignorância da lei no Direito Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1957, vol. 173, pág. 525; ERNANI CABRAL DE LOYOLA, *O erro em matéria penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1958, vol. 176, pág. 492; RUY CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA, *Erro de direito*, em *Justitia*, São Paulo, 1971, vol. 71, pág. 137; LUIZ DÓRIA FURQUIM, *Erro de direito escusável*, em *Justitia*, São Paulo, 1972, vol. 79, pág. 97; ALCIDES MUNHOZ NETTO, *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, Rio, 1978.

24 Veja-se a justificação do ponto de vista de FERRI no derradeiro dos seus livros, *Principii di Diritto Criminale*, 1928, pág. 460. Na tradução portuguesa editada em São Paulo, 1931, pág. 442.

25 É a seguinte passagem: “O projeto não faz distinção entre erro de direito *penal* e erro de direito *extrapenal*: quando uma norma penal faz remissão a uma norma não penal ou a pressupõe, esta fica fazendo parte integrante daquela e, conseqüentemente, o erro a seu respeito é um irrelevante *error juris criminalis*” ASÚA, na monografia que dedicou ao erro de direito (pág.45), assim se manifestou, após reproduzir tais dizeres: “Observe-se que o ultimo parágrafo desta Exposição de motivos estabelece uma doutrina inadmissível. Desde o Direito romano aos mais recentes códigos e autores, o erro acerca de uma lei não penal funciona como erro de fato”. Veja-se, também, a réplica de NÉLSON HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, 1.^o vol., Rio, 1949, pág. 388).

26 MANZINI (*Trattato*, Turim, 1950, 5.^o vol., pág. 782) escreve: “O depoimento objetivamente verdadeiro, ainda que feito com a convicção e o propósito de dizer falsidade, não é punível, porque constitui uma hipótese do chamado delito putativo”. Veja-se, a respeito da questão, PIETRO MARSICH, *Il delitto di falsa testimonianza*, Pádua, 1929, pág. 109.

Variados exemplos de delito putativo são recolhidos, da doutrina e da jurisprudência, por JORGE FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, 1944, pág. 37. Esse autor anunciava a publicação do estudo monográfico *El delito putativo*.

Ver, ainda, EDGAR MAGALHÃES NORONHA, *Crime putativo. Delito impossível. Flagrante predisposto. Crime provocado*, em *Justitia*, São Paulo, 1953, vol. 12, pág. 28; MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Crime Putativo*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1968, vol. 394, pág. 9; NÉLSON HUNGRIA, *O delito putativo*, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1933, 1.^o vol., pág. 96; e, também, *Comentários ao Código Penal*, 1.^o vol., 1949, pág. 276.

27 Sobre a figura do agente provocador, com interessante apanhado da doutrina, leia-se o estudo de ANGELO GAJOTTI, *Istigazione e determinazione nella teoria del reato*, Génova, 1948, pág. 151. A punibilidade do comportamento do agente provocador suscita controvérsias. Consulte-se, a respeito, ANDRÉ POCHON, *L'auteur moral de l'infraction — la responsabilité pénale de l'instigateur*,

Paris, 1945, pág. 204. Ainda: ALFREDO DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, pág. 320; LEONARDO GALLI, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1939, 2.^a parte, coluna 776; GIUSEPPE NOTARBARTOLO, *La punibilità dell'agente provocatore nel nuovo Codice*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1934, pág. 90.

28 Por exemplo, integra-se mediante culpa a figura do art. 37, parágrafo único, punindo “aquele que, *sem as devidas*

cautelos, coloca ou deixa suspensa coisa que, caindo em via pública ou em lugar de uso comum ou de uso alheio, possa ofender, sujar ou molestar alguém”. É dolosa a do art. 65: “*Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável*”. Caso de dolo subentendido, mas indispensável, temos na contravenção do art. 21: “Praticar vias de fato contra alguém”. Não se podem conceber vias de fato (empurrão, tapa e outros atos de ofensa física desacompanhada de lesão corporal) sem dolo, no exato sentido do Código Penal — vontade consciente tendendo para um resultado.

29 Art. 42 do Código Penal: “Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime: I — determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II — fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”.

30 Para aferir as discordâncias, v.: R. PANNAIN, *Buona fede ed elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, nos *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1935, pág. 202; E. BATTAGLINI, *Osservazioni sull’elemento psicologico nelle contravvenzioni*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1938, 2.^a parte, coluna 1.028; F. ALIMENA, *L’elemento psicologico nelle contravvenzioni*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1939, 2.^a parte, pág. 202; O. VANNINI, *Sul cosiddetto elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1932, fasc. 6.

CAUSAS JUSTIFICATIVAS E DIRIMENTES

Sumário

95 — Terminologia na doutrina e no Direito objetivo. 96 — Coação irresistível e obediência hierárquica. 97 — Estado de necessidade: elementos da justificativa. 98 — Sua aplicação à Parte Especial do Código. 99 — Razões da impunibilidade da ofensa necessária. 100 — Fundamentos da legítima defesa. 101 — Atualidade e injustiça da agressão. 102 — Inevitabilidade e moderação. 103 — Natureza dos bens jurídicos suscetíveis de legítima defesa. 104 — Justificação putativa. 105 — Legítima defesa recíproca. 106 — Defesa culposamente excessiva. 107 — Estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. 108 — O problema do excesso nas justificativas em geral. 109 — Sistema do nosso Direito acerca da inimputabilidade. 110 — Doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado. 111 — Imputabilidade restrita. 112 — Imaturidade. 113 — Emoção e paixão. 114 — Embriaguez.

Introdução

Este capítulo das *Instituições de Direito Penal* trata daquilo que na doutrina de Basileu Garcia eram as justificativas de ilicitude e algumas dirimentes de culpabilidade, além do tema da imputabilidade. Como se pode notar da leitura do texto, as mudanças em relação à doutrina atual são muitas, por três motivos de relevo.

O primeiro deve-se à já exaustivamente

mencionada penetração do princípio da culpabilidade por todo o Código de 1984. Isso trouxe implicações substantivas não só para a teoria da responsabilidade penal mas também para as categorias analíticas do delito em particular, sobretudo no que tange à forma de integração dogmática entre tipicidade e ilicitude, de um lado, e culpabilidade, de outro. A doutrina das justificativas e dirimentes, é claro, absorveu boa parte desse impacto.

O segundo motivo é a ampla aceitação doutrinária que teve, e ainda tem, a teoria finalista da ação no Brasil, com o conseqüente deslocamento dos chamados “elementos psicológicos da infração” (dolo e culpa) para a tipicidade subjetiva. Os impactos dessa alteração são evidentes de plano, já que, por exemplo, circunstâncias que antes eram entendidas como dirimentes de culpabilidade são hoje tidas como excludentes de tipicidade.

O terceiro é a mudança de orientação da psiquiatria forense e a superação de muitos de seus postulados em face das pesquisas realizadas posteriormente. Em virtude disso, várias formulações e conceitos constantes nos textos de Basileu Garcia apresentados a seguir — que falam na “loucura moral” capaz de conduzir “pessoas anômalas” à delinqüência em razão de “defeitos constitutivos de sua capacidade ética”, ou, ainda, da incapacidade dos surdos-mudos de compreender o ordenamento ético em que vivem por serem “incapazes de falar” — já foram amplamente superados. Para mais informações sobre o tema, ver o texto de Alvino Augusto de Sá, ao final do capítulo II.

Dada a profundidade dessas mudanças, os textos de atualização deste capítulo são explicativos e mais extensos que os demais capítulos das *Instituições*. A intenção aqui não foi tentar manter a clareza pedagógica da obra original, ainda que à custa da concisão.

95 — As justificativas e dirimentes são as *causas excludentes de criminalidade*, empregada essa locução no seu significado mais amplo. Delas trata o nosso Código Penal nos arts. 18 a 24, na parte final do título II — *Do crime*, e abrangendo a matéria toda do título III — *Da responsabilidade*.

Parte Geral de 1984, arts. 20 a 28

A criminalidade de uma conduta pode ser excluída em virtude de condições objetivas, ligadas à natureza do fato, ao elemento material da infração, e de condições subjetivas, atinentes à pessoa do sujeito ativo, ao elemento moral da infração. No primeiro caso, ter-se-á uma justificativa, que elimina a antijuridicidade; no segundo, uma dirimente, que afasta a culpabilidade.

Entre os caracteres do delito (capítulo VI) incluímos esses dois elementos, antijuridicidade e culpabilidade. Para haver delito, é necessário que o fato seja contrário ao direito, antijurídico, e, também, que o agente seja culpável. Eliminada a antijuridicidade, o fato justifica-se: há uma justificativa.¹ Elidida a culpabilidade, o fato, apesar de não ser jurídico, deixa de ser punido em atenção às condições psíquicas do agente, cuja responsabilidade se anula, é dirimida. Ocorre uma dirimente.

É possível, portanto, teoricamente, estabelecer distinção nítida entre dirimentes e justificativas. Mas, quando se examinam as várias causas de exclusão de criminalidade (ou de criminosidade, ou de delituosidade, como também se pode dizer), a fim de resolver se se trata de justificativas ou dirimentes, advêm, no que concerne a algumas delas, dúvidas e controvérsias.

Quanto ao modo de designá-las, o nosso estatuto penal usou do seguinte sistema, segundo esclarecimentos prestados por um dos autores do projeto — NÉLSON HUNGRIA: a expressão “não há crime” indica a presença de causas justificativas; e as expressões “não é punível”, “não é passível de pena”, “está isento de pena” e outras semelhantes compreendem as dirimentes.

Essas denominações — justificativas e dirimentes — não foram inscritas em nosso Código, conquanto sejam vantajosas. Nada impede que continuem a ser usadas. Conforme a terminologia preferida por aquele penalista, as denominações são: causas de exclusão de crime (ou de exclusão de criminalidade) — para as justificativas; e causas de isenção de pena, ou de exclusão de punibilidade, ou de exclusão de culpabilidade — para as dirimentes. Esses nomes harmonizam-se com os vigentes textos. No entanto, os vocábulos justificativas e dirimentes, tradicionais em nosso Direito, tornam mais acessível o conteúdo das respectivas figuras.

A questão da nomenclatura das justificativas e dirimentes do Código de 1984 continua dando ensejo a grandes polêmicas, razão pela qual convém tratá-la com vagar.

Muitos autores de peso defendem que esse mesmo critério

terminológico seja utilizado para distinguir, na sistemática do Código de 1984, entre justificativas (excludentes de ilicitude) e dirimentes (excludentes de culpabilidade). Para estes, entre os quais se incluem Damásio de Jesus, Júlio Fabbrinni Mirabete e Edgard Magalhães Noronha, todas as vezes que o Código atual utiliza-se da expressão “não há crime”, trata-se de excludente de ilicitude; quando, ao contrário, diz que “é isento de pena o autor”, será caso de exclusão de culpabilidade. Segundo esses autores, a associação entre inexistência de crime e exclusão de ilicitude levaria a uma conclusão muito significativa: a culpabilidade não seria elemento do delito, figurando apenas como pressuposto da pena. Vale dizer, se excluía a ilicitude, não haveria crime; se excluía a culpabilidade, haveria crime, mas não pena.

Essa doutrina espelha a indevida transposição para o presente do critério que Hungria utilizou para o Código de 1940, um diploma completamente distinto do atual nesse assunto, sobretudo no que tange à responsabilidade penal, já que a Comissão de Reforma sempre fez questão de alardear o quanto o princípio da culpabilidade (proibição da responsabilização pelo mero resultado) está imbricado no diploma em vigor e quão amplas e significativas são as modificações que isso traz para a teoria do delito como um todo.

A conceituação da culpabilidade como mero pressuposto da pena, e não como elemento do delito, apresenta diversos problemas em face da Parte Geral de 1984, bem anotados em trabalho de Davi Teixeira de Azevedo (2001). Em primeiro lugar, porque defini-la como pressuposto da pena não é suficientemente distintivo, já que tipicidade e antijuridicidade são igualmente pressupostos da pena. Ademais, ainda segundo Azevedo, o juízo de reprovação — parte importante do conceito de culpabilidade — “não recai somente sobre o agente, mas inclusive e necessariamente sobre a ação” (AZEVEDO, 2001: 65). Não é por outra razão que Aníbal Bruno, ao comentar a doutrina da culpabilidade normativa de Frank, apontava que a reprovabilidade não recai apenas sobre o agente, mas inclusive sobre a ação dolosa ou culposa: “se alguém, tendo ou podendo ter a consciência de que falta ao dever e podendo agir em conformidade com este, atua de maneira contrária, faz-se objeto de reprovação” (BRUNO, 1959: 29, t. I). Daí asseverar-se que “o juízo de reprovabilidade tem como destinatário o agente, mas constrói-se a partir do fato concreto em que ele agiu, na consideração e avaliação das circunstâncias fáticas que cercam o agente” (AZEVEDO, 2001: 65).

Com efeito, um dos principais objetivos da Reforma de 1984, ao tornar a culpabilidade característica essencial do delito, foi desviar o foco da reprovação exclusivamente do agente (direito penal do autor) para a ação integralmente considerada (direito penal do fato), conjugando fato e personalidade do

agente na aferição da culpabilidade (REALE JR., 2000: 158 e ss.). Tudo isso somado — circunstâncias do fato e da personalidade do agente — é submetido “a uma global apreciação axiológica, para, finalmente, emitir-se definitivo juízo normativo de culpabilidade” (AZEVEDO, 2001: 65).

Ademais, não procede o argumento de que o Código de 1984 teria conceituado a culpabilidade como pressuposto da pena, e não como elemento do delito, por referir-se a suas causas de exclusão como circunstâncias em que “o agente é isento de pena”. David Teixeira de Azevedo cita diversos exemplos do texto legal em que isso não se confirma: “assim, por exemplo, no erro de tipo permissivo. Quando o erro recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação inexistente, evidentemente, tipicidade da conduta por ausência de dolo. O legislador, contudo, refere-se a ‘isento de pena’ (art. 20, § 1º). [...] Outro exemplo. No erro de tipo que recai sobre a pessoa contra quem o crime é praticado, o § 3.º do art. 20, afirma não estar o agente ‘isento de pena’, o que situaria a questão nos domínios da culpabilidade. Todavia, como se sabe, trata-se de erro de tipo, que anula o dolo” (AZEVEDO, 2001: 67). Daí concluir o autor, mais adiante, que “a conclusão imperativa é de que a ação total contrária ao direito, portanto o injusto e a culpabilidade, unidos indissolivelmente no fato, globalmente comporão o conceito de crime, constituindo o pressuposto, ambos da pena” (AZEVEDO, 2001: 68-69).

Tem-se, pois, que na sistemática do Código de 1984, é defensável a posição de que a culpabilidade é elemento do crime, a despeito do uso da expressão “é isento de pena” para designar as causas de sua exclusão, em que pese a opinião contrária de muitos autores.

96 — O art. 18 do Código adverte: “Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. De forma indireta, estipulando a punibilidade do autor da coação ou da ordem, o que esse artigo faz é instituir duas causas excludentes: uma em relação ao que sofre a coação irresistível, outra referente àquele que procede em obediência a ordem superior. Foram tratadas em preceito unitário, por entender o legislador, provavelmente, que aquele que procede por obediência a ordem se encontra, de certo modo, coacto.

O Código de 1984 regulamentou a matéria no art. 22, com pequena modificação em relação ao diploma anterior — fala em “fato cometido”, e não mais em “crime cometido”. Para uma parte da doutrina contemporânea, a natureza jurídica dessa exclusão estaria na inexistência de culpabilidade do agente, já que haveria em tais casos uma espécie de erro de proibição. Outros, como Reale Jr., perfilham-se à classificação de Basileu Garcia: “o inferior hierárquico ao realizar a ação ordenada não o faz por imaginar que não seja proibida, mas sim para obedecer ordem do superior, sendo, portanto, uma causa de justificação ou excludente de ilicitude” (REALE JR., 2002: 200).

O Código de 1890 encerrava também disposição a respeito da coação irresistível, incluindo-a entre as dirimentes. Declarava não criminoso o que procedesse em consequência de força física irresistível ou ameaça acompanhada de perigo atual. O novo estatuto fala, simplificadamente, só em coação irresistível, mas é incontestado que abrange as duas modalidades do Código anterior [1890]. Quanto à força física a hipótese é mais fácil de se figurar no tocante aos crimes omissivos. Suponha-se que um servidor de estrada de ferro, encarregado de dar aviso de passagem de trens, fosse seqüestrado e não pudesse cumprir a sua missão, resultando disso um desastre. Seria ele, do ponto de vista material, autor de um delito, por omissão. Mas teria em seu favor essa causa de exclusão da culpabilidade.

Também são conjecturáveis casos de delitos comissivos praticados sob a injunção de violência física, *vis absoluta*, *vis corporalis*. Poderá alguém obrigar certa pessoa a golpear outra. A hipótese não é absurda. O agente quer, por exemplo, que um filho seja morto pelo próprio pai, e constrange este a desferir o golpe, segurando-lhe o braço. Ou, supliciando o paciente, exige que imite assinatura alheia, cometendo falsidade, ou que revele o segredo de um cofre, para a subtração dos haveres que contém.

O advento da teoria finalista da ação traz modificação de relevo nesses casos de coação física. Se se entende, na teoria finalista, que toda ação, no sentido jurídico-penal do termo, é dirigida por determinada finalidade, não são consideradas ações as condutas perpetradas sem esse elemento diretivo (MUÑOZ CONDE, 1988: 9 e ss.). Isso pode ocorrer ao menos em três situações distintas: em primeiro lugar, quando o agente seja movido por força física irresistível, ou seja, qualquer ato de força exterior que o constranja materialmente; em segundo lugar, no caso de movimentos reflexos, que tampouco são precedidos de reflexão finalista; e, em terceiro lugar, nos estados de inconsciência (o agir de um sonâmbulo, por exemplo, não é presidido por voluntariedade dirigida a fins). Em tais hipóteses, a doutrina reconhece que sequer há ação, no sentido jurídico-penal, não cabendo sequer entrar em juízos mais detalhados

quanto a tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade do agente.

Em verdade, o indivíduo tão extremadamente coagido se reduz a mero instrumento material do crime, ao mesmo passo que ele próprio é vítima de outras infrações, capituladas entre as que lesam a liberdade ou a integridade física. Poder-se-á até não o envolver em processo, considerando, *ab initio*, alheia ao Direito Penal a sua conduta. Mas se a ação repressiva o abranger, consistirá a sua defesa em demonstrar as circunstâncias que suprimiram todo o poder dispositivo das suas faculdades psíquicas, através da dirimente da irresistível coação. Se esta fosse resistível, caberia pena atenuada (art. 48, n.º IV, c).

Parte Geral de 1984, art. 65, n.º III, c

O que acabamos de dizer sobre a violência material é igualmente claro quanto à violência moral, representada pela ameaça. Será a hipótese de alguém que pratique um ato contrário ao direito sob coação tal, que a sua vontade e inteligência não possam concorrer para que deixe de verificar-se o acontecimento lesivo. Por exemplo, um emissário que tivesse valores de outrem para transportar e fosse constrangido a entregá-los sob ameaça de morte. Responderia por crime contra o patrimônio, se não lhe fosse dado invocar a coação irresistível, como violência moral, *vis compulsiva*. Caberá reconhecê-la somente quando a ameaça tiver sido séria, grave e for relativa a mal iminente, devendo o juiz examinar com muita cautela a ocorrência.²

Ao contrário do constrangimento físico irresistível, que exclui o agir (em sentido jurídico-penal), a conduta perpetrada sob constrangimento de natureza psicológica, mesmo que irresistível, é considerada ação no sentido penal do termo, mas sem culpabilidade. Isso porque a coação psíquica, por mais forte que seja, não faz com que o autor perca o domínio sobre seus movimentos corpóreos: mesmo o emissário que, sob ameaça de morte, é obrigado a entregar os valores que traz consigo o faz com pleno controle sobre seus movimentos corpóreos que são, em princípio, finalisticamente orientados no sentido dogmático-penal do termo. Ou seja, a entrega dos valores é ação, no sentido penal, na medida em que obedece à orientação finalística do agente, que preferiu ceder às ameaças em lugar de sofrer violências. O fato de a conduta ser contrária a sua vontade não quer dizer que não seja presidida por um ato de finalidade. A diferença entre finalidade e voluntariedade, aliás, é o que torna possível a acomodação do crime culposos na teoria finalista do delito. Assim, quem sofre coação moral irresistível é, para o

Parte Geral de 1984, art. 22

Acerca da causa de isenção de pena que se encontra na segunda parte do art. 18, assinala-se que, embora fosse mais acertado considerá-la como uma justificativa, o Código a inclui entre as dirimentes. A hipótese, agora, é a de alguém que pratique o ato lesivo por efeito de obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico.³ Pressupõe-se uma relação de Direito Administrativo — a existência de ordem emanada de autoridade pública, para um inferior. Não se trata da obediência familiar ou doméstica, ou da que possa, por exemplo, dever um filho aos pais, o empregado ao patrão.

Não impõe o Direito ao subalterno obediência cega ao superior. Cabe-lhe examinar a natureza da ordem recebida. Evidentemente, não há lugar para aprofundada análise, mas apenas um exame que o impeça de executar ordens manifestamente ilegais. Se as executar, responderá, com quem as emitiu, pelo resultado. Se, conquanto ilegais, não o forem manifestadamente, isentar-se-á de pena, que recairá em quem as deu.

Não é simples o encargo, na lei conferido ao subalterno, de indagar a natureza da ordem, para cumpri-la ou não. É possível que se sinta em dificuldades para fazer a indagação, quer devido ao especial feito da ordem, quer devido à rigidez do vínculo que o submete e enleia. Suponha-se um militar de categoria inferior em face de um oficial. A disciplina, no seio das forças armadas, é rigorosa. Exigir que o subordinado se insurja contra as determinações que lhe são estipuladas seria colocá-lo em tremendo e perigoso dilema. Essas circunstâncias devem ser tidas em vista pelo aplicador da lei, para evitar injustiças.

Note-se que, se o crime é de natureza militar, a matéria é regulada pelo Código Penal Militar, através de preceitos que contêm peculiaridades.⁴

A palavra — manifestamente, no dispositivo, concorre para a solução do problema. O juiz verificará se era óbvia a ilegalidade da ordem. Examinará as condições intelectuais e mesmo materiais em que se encontrava o agente. E aqui também importa o princípio de que o putativo equivale ao real. Embora ilegal a ordem, estará o agente, às vezes, convencido da sua legalidade. A sincera convicção atua em seu benefício, com fundamento no art. 17, desde que incida sobre elementos objetivos da ocorrência. Conquanto o erro, nesse caso, verse sobre relação jurídica, pois se trata da falsa apreciação de que a ordem é legal, pode perfeitamente provir de ilusório entendimento do fato.

Tendo o art. 17, na sua segunda parte, visado as justificativas, conforme esclarecemos no capítulo IX, n.º 92, a indeclinabilidade da equânime aplicação desse dispositivo à obediência hierárquica constitui mais um motivo a convencer de que esta é justificativa, e não dirimente. E recusar a extensão do referido preceito a tal causa excludente, só por não ter sido enquadrada como justificativa, equivaleria a sacrificar a justiça ao convencionalismo legislativo.

Parte Geral de 1984, art. 20, § 1.º

O art. 17 do Código de 1940 tratava do erro de fato. Como já mencionado no capítulo anterior, a disciplina do erro foi inteiramente modificada no Código de 1984, em parte pela incorporação dos preceitos finalistas, mas também pela vasta penetração do princípio da culpabilidade no novo diploma. No Código de 1984, o art. 20, *caput*, estabeleceu que o erro quanto a elemento fático pertencente ao tipo penal (erro de tipo) excluirá o dolo da conduta, permitindo a punição por crime culposos, se previsto em lei. O art. 20, § 1.º, tratou das chamadas discriminantes putativas, ou seja, casos em que o agente crê — erroneamente — estarem presentes circunstâncias que eliminam o caráter criminoso do ato. Nessas hipóteses, o tratamento da matéria dependerá da natureza do erro, dada a opção do legislador por abraçar a chamada “teoria limitada da culpabilidade” (Exposição de Motivos, n.º 17): caso se trate de erro motivado por má apreensão de circunstância fática que seja elementar de tipo permissivo, tratar-se-á de erro de tipo (excludente de tipicidade, por falta de dolo); se, ao contrário, o erro se der por má percepção dos limites da permissão, será caso de erro de proibição (excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta).

Sustenta-se mesmo, como o fez ASÚA,⁵ modificando anterior ponto de vista, que a natural e constante colocação da figura da obediência hierárquica deve ser entre as eximentes putativas: o que leva o agente a delinquir seria a suposição da legalidade da conjuntura em que intervém. Perante os termos da nossa lei, entretanto, o juiz terá de absolvê-lo se a ordem graças à qual delinuiu não era manifestamente ilegal, mesmo havendo razões para admitir que se apercebeu da ilegalidade. A solução absolutória decorreria do texto que estamos estudando, ante o qual — combinado com o art. 17 — a crença do acusado só oferece relevância quando possa atuar a seu favor.

A obediência hierárquica é hoje tratada no art. 22 do Código Penal. Como já foi dito no capítulo anterior, é considerada por parte da doutrina atual como excludente de ilicitude, e por outra parte como excludente de culpabilidade.

Concerne a legalidade da ordem à sua forma, ou à competência da autoridade de que emana, ou à qualidade do seu destinatário. A legitimidade de algumas ordens depende de veículo adequado, como o documento escrito. Por vezes, exclusivamente certas pessoas podem emití-las; ou apenas os executores com precisa aptidão jurídica se acham em condições de recebê-las. Sem se poderem traçar inflexíveis regras apriorísticas, aí estão delineados alguns critérios que inculcam a evidência do caráter legal ou ilegal de uma ordem.

Também tem, no texto, importância a palavra — estrita, anteposta aos vocábulos — obediência a ordem. Para que invoque alguém o amparo do texto em apreço, é preciso que o seu ato não haja ultrapassado os exatos limites da obediência devida.

97 — O art. 19 diz: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I — em estado de necessidade”. E o art. 20 menciona os requisitos dessa justificativa: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.⁶

Parte Geral de 1984, arts. 23, n.º I, e 24

No Código de 1984, o art. 23 e seu inc. I repetem a redação do diploma anterior: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I — em estado de necessidade”. A definição do que seja estado de necessidade para o legislador de 1984 é dada no art. 24, nos mesmos termos estabelecidos no Código de 1940.

Não se pode dizer, contudo, que a disciplina do estado de necessidade seja idêntica nos dois Códigos, pois o diploma em vigor estendeu para todas as causas justificativas a hipótese de excesso punível, que anteriormente era prevista apenas para a legítima defesa (Exposição de Motivos, n.º 21). Dessa forma, o Código de 1984 admite, ao contrário de seu antecessor, o excesso punível em ações praticadas em estado de necessidade.

Assinala-se essa causa de exclusão de criminalidade pela presença de dois interesses lícitos em colisão. Existem dois direitos — ambos com iguais razões para subsistir. Encontram-se, porém, em choque; um não pode continuar a existir, se o outro sobreviver. Para que um permaneça é necessário que o outro sucumba. Como, então, encarar a situação do titular do direito que se faz vitorioso à custa do outro? Ocorre, em favor do autor do fato, a justificativa do estado de necessidade.

Há exemplos sempre repetidos — assim, o da tábua de salvação, no naufrágio. Dois naufragos se disputam uma tábua, que só servirá a um homem. É preciso que um deles pereça. Apresenta-se, mais tarde, ao tribunal o sobrevivente, invocando a justificativa do estado de necessidade. Não será punido. O Estado não teria razão para tomar partido em favor de um ou de outro indivíduo, cujos interesses, igualmente legítimos, se acharam em antagonismo. Está-se diante de um fato consumado e irremediável, não cabendo castigar o que ofendeu o direito alheio em favor do próprio direito, desde que tenham ocorrido os requisitos legais.

Acentuemos que o Código atual [1940] foi menos rígido, ao configurar essa justificativa, do que o de 1890 — e isso é declarado na *Exposição de motivos*. Regulando-a, preceituava o antigo estatuto, no art. 32: “Não serão também criminosos: 1) os que praticarem o crime para evitar mal maior”. Como se vê, era preciso que houvesse desigualdade entre os bens em entrechoque e predominasse o interesse mais importante.

Permanecem válidas as observações de Basileu Garcia para o Código em vigor: pela letra da lei, não é necessário que o bem sacrificado seja de menor valor do que aquele que se pretendia defender; também no caso de sacrifício de bens de igual valor é cabível o estado de necessidade. Daí afirmar Reale Jr. que o instituto não necessariamente exige o balanceamento de bens no sentido do valor de cada um, mas, sim, um juízo no tocante à razoabilidade de se exigir o sacrifício do bem ameaçado (REALE JR., 2002: 167).

Contudo, parte considerável da doutrina tem exigido a desigualdade de valor dos bens para que se configure a justificativa, por ser esse o critério diferenciador entre dois estados de necessidade distintos, com os quais trabalham hoje muitos penalistas: o estado de necessidade propriamente dito, que é excludente de ilicitude, e estado de necessidade exculpante, que exclui a culpabilidade (MUÑOZ CONDE, 1988: 109). Para os que adotam a teoria do balanceamento de bens, não é possível conceber como lícita a conduta de quem, em situação de necessidade atual e não auto-provocada, sacrifica determinado bem jurídico para proteger outro de igual valor, pois o ordenamento jurídico não tem como preferir um bem em detrimento de outro idêntico: de seu ponto de vista, ambos são idênticos. Assim, não caberia falar, em casos tais, de ação lícita (justificada), mas apenas em ação exculpada.

A doutrina também debate o cabimento de estado de necessidade em hipóteses análogas à colisão de bens, mas em que, na verdade, não há múltiplos bens em conflito. É o caso de haver um só bem em perigo, mas que só pode ser salvo se submetido a outro perigo. Ou seja, a despeito de haver um único bem sob ameaça de perecimento, há dois perigos envolvidos: um atual e outro a que se deve submetê-lo para o fim de salvá-lo. Tome-se o seguinte exemplo, dado por Stratenwerth: em meio a um incêndio de grandes proporções, um pai, acuado pelo fogo incontornável, decide atirar seu filho da janela de andar alto, para que terceiros devidamente posicionados tentem segurá-lo antes que se choque contra o chão; contudo, a queda não é impedida e a criança vem a falecer. Há um só bem em risco (a vida do filho), mas o risco advém de dois perigos distintos: o de perecer pelo fogo, de um lado, e também o de perecer pela queda, de outro. Nesse caso, o autor reconhece que é possível admitir o estado de necessidade justificante, por situação de analogia com o conflito de bens (STRATENWERTH, 2000: 210).

Quatro condições, perante o Código vigente [1940], são indispensáveis: a) existência de perigo atual para um interesse juridicamente protegido; b) não ter esse perigo sido provocado voluntariamente por quem invoca a justificativa; c) inevitabilidade do perigo; d) proporcionalidade entre a conduta do agente, ao salvar o direito, e a natureza do perigo que se lhe deparava.

Parte Geral de 1984, art. 24

Pormenorizando a análise desses requisitos através da leitura do art. 20, verifica-se que é necessário haver dois bens ou interesses jurídicos em conflito. O fato praticado pelo agente destina-se a salvar um desses bens, de perigo atual — como tal compreendido o que ocorre no momento do fato e, também, o iminente, desde que, na sua significação prática, o caráter de iminência tenha a premência que o faça equivaler ao de atualidade. Se o perigo é futuro e remoto, o agente não pode alegar a justificativa, porque, sendo futuro e, ainda mais, sendo remoto, ele terá outros meios de evitar a lesão ao direito colidente com o que procura pôr a salvo.

Perigo atual, que não provocou por sua vontade — diz a lei. Pode o autor do fato ter causado esse perigo atual, mas não pela sua vontade. A lei veda que invoque o estado de necessidade quem provocou voluntariamente o perigo. Essa expressão — por sua vontade — soluciona um problema: saber se o ato culposo do agente permite-lhe arrimar-se à justificativa. Alguns escritores resolveram pela afirmativa; outros, pela negativa. A nossa lei admite a justificativa, quando seja culposo o ato do agente, mas não quando doloso, porque a expressão — sua vontade — presume o dolo. Suponha-se, por exemplo, a hipótese de um naufrágio de que decorra aquela conjuntura referida: dois homens se disputam uma tábua de salvação. Se, nesse caso,

um desses indivíduos tivesse sido, por sua vontade, o autor do naufrágio, evidentemente não teria direito a fazer predominar o seu interesse jurídico sobre o do outro, sobrevivendo à custa da vida deste. Mas, se o sinistro tivesse sido ocasionado por culpa (imprudência, negligência ou imperícia), não ficaria o causador do desastre impedido de invocar essa causa de exclusão de criminalidade.

Quando o Código diz: nem podia de outro modo evitar — torna mister que o sujeito ativo se achasse em situação de extrema dificuldade, não tendo estado ao seu alcance impedir que o perigo se verificasse.

A lei fala, ainda, em — direito próprio ou alheio. A pessoa pode ter tido em vista defender o seu direito, como o direito de outrem. O Código anterior [1890] não se referia expressamente ao direito alheio. Não obstante, sempre se entendeu cabível, na hipótese, a justificativa. Fez bem o presente estatuto, entretanto, em dizê-lo claramente.

Finalmente, cumpre não seja razoável exigir-se o sacrifício do direito em favor do qual procede o agente.⁷ Por força de tal cláusula, se não pode o juiz aquiescer à justificação da conduta de quem, egoisticamente, em benefício do seu interesse, sacrifique outro, alheio, mais relevante, poderá perfeitamente acolher a causa excludente de crime quando se equivalham os bens jurídicos em luta. Como já esclarecemos, o Código revogado [1840] impunha que o direito sacrificado fosse inferior em importância ao direito posto a salvo. Assim, podia invocar a justificativa do estado de necessidade, por exemplo, quem, para poupar a sua vida, tivesse sacrificado a propriedade alheia. Mas os textos não cogitavam da hipótese de igualdade dos direitos em colisão. Não era possível, portanto, invocar a justificativa do estado de necessidade a quem, para poupar-se à morte, tivesse eliminado a vida alheia. Aquele clássico exemplo da tábua de salvação não estaria compreendido na lei anterior, ao contrário do que se verifica na atual.

A referência à razoabilidade ganha na doutrina atual especial relevo quando são tratados os conflitos de bens personalíssimos de valor desigual — vida *versus* integridade física, por exemplo. Assim, é fora de questão ser lícita a conduta de quem subtrai carro de terceiro para levar pessoa gravemente ferida ao hospital; mas será também lícita a conduta do médico que obriga terceiro a doar sangue, contra a sua vontade, para fazer uma transfusão de emergência com intenção de salvar a vida de um acidentado? Mesmo havendo diferença de valor entre os dois bens em conflito — a vida é mais valiosa do que a integridade física do doador compulsório —, não se pode afirmar só por isso que seja lícita a conduta. De acordo com Stratenwerth (2000: 212), nessa hipótese há, em verdade, violação a dois bens jurídicos distintos para salvar a vida do acidentado: a integridade física do doador, bem como sua capacidade de autodeterminação sobre o próprio corpo. Por isso, afirma que, em casos tais, não é qualquer desalinhamento de valores que basta à justificativa; é preciso que o bem salvo seja desproporcionalmente superior ao

bem violado.

A lógica da razoabilidade também vale para que se percorra o caminho oposto: nem sempre os bens personalíssimos terão preferência sobre outros de natureza diversa. Roxin aponta, nesse sentido, que algumas vezes podem ser justificadas pequenas ingerências sobre direitos da personalidade (coaçoões, lesões leves) para salvar valores patrimoniais de grande importância, por exemplo, no caso de um incêndio; e que nem mesmo o salvamento de uma vida humana pode ser tomado como interesse superior em qualquer circunstância, como no caso de terroristas que, ameaçando a vida de refém, exigem a violação de muitos e relevantes bens do Estado (ROXIN, 1997: 685).

O § 1.º do art. 20 proíbe que invoque o estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. Se o perigo é inerente à atividade a que o agente está legalmente obrigado, a justificativa não pode ser-lhe reconhecida. Não teria desculpa, por exemplo, o bombeiro que, nos trabalhos de extinção de um incêndio, concorresse voluntariamente para a morte de alguém, ao tentar salvar a própria vida. A escusa não encontraria fundamento moral.

Parte Geral de 1984, art. 24, § 1.º

Entre os comentadores do Código, questiona-se sobre se o dever proveniente de contrato se interpreta como dever legal. A rigor, não. Dever legal é o emanado de lei, decreto ou regulamento — no caso, estatuinto quanto ao exercício de atividade ou profissão. Teria sido preferível que o texto empregasse diferente adjetivo, ou que simplesmente o dispensasse. Aliás, a *Exposição de motivos*, em referência a esse ponto, declara: “A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um *especial dever jurídico*”, assim usando um qualificativo que não é o do texto em exame.

Como já mencionado, parte da doutrina costuma incluir um requisito adicional, subjetivo, para o reconhecimento do estado de necessidade: que o móvel do agente tenha sido a defesa de determinado bem jurídico; nos dizeres de Francisco de Assis Toledo, a “orientação de ânimo no sentido de salvar o bem ameaçado” (1984: 54). Isso quer dizer que meras coincidências não bastam para tornar justificado, por estado de necessidade, fatos previstos em lei como criminosos e realizados pelo agente com ânimo criminoso. Em casos tais, não seria justificada a ação, podendo o agente ser responsabilizado pela modalidade tentada do delito (ROXIN, 1997: 720).

Não é simples a apuração das condições que perfazem o estado de necessidade. Poderá o acusado alegar certas circunstâncias que inclinem o magistrado a identificar no caso a justificativa, sem se animar, entretanto, a considerá-la bem caracterizada. Entendendo-a não integralmente provada, poderá, conforme a hipótese, aplicar o disposto no § 2.º: “Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços”. A redução, como se vê, é intensa. Mas o agente é condenado, porque na realidade não milita em seu favor a justificativa.

Parte Geral de 1984, art. 24, § 2.º

98 — Há diversas passagens da lei penal, na Parte Especial, que configuram verdadeiras situações de estado de necessidade. E uma referência às respectivas disposições serve a clarear melhor o assunto. Não se encontra, porém, no Código, artigo de lei a respeito do chamado furto famélico — a subtração de alimentos que alguém pratique para matar a fome, sua ou de outrem. Não só a crônica propriamente penal nos relata casos desse tipo, como a literatura. É famoso o episódio de Jean Valjean — o personagem do livro *Os Miseráveis*. Humilde operário, sustentava uma cunhada viúva, mãe de seis filhos. Sem meios de subsistência, um dia, para saciar a fome das crianças, subtraiu um pão da vitrina de uma padaria, mediante arrombamento. Foi condenado a cinco anos de trabalhos forçados, e esse tempo chegou a elevar-se a dezenove anos à medida que, obstinadamente, foi executando tentativas de fuga.

FRANCK, na sua *Filosofia do Direito Penal*,⁸ diz que VÍTOR HUGO caluniou a Justiça e a sociedade francesas, porquanto não era possível que, naquelas circunstâncias, Jean Valjean fosse condenado.

Mas, se no furto famélico concebido pela imaginação do romancista não se reconheceu a justificativa, tem em casos semelhantes a prática autorizado a sua aceitação, mesmo na França. Houve, por exemplo, por volta de 1900, o caso de certa mulher que foi absolvida, em situação análoga, por um juiz — o “bom juiz Magnaud”. A acusada furtara alimentos, para os seus filhos. Apesar de que o Código francês não encerrasse preceito especial sobre o estado de necessidade, esse magistrado absolveu-a, violentando, por equidade, a letra do texto legal que dispunha sobre a coação irresistível.⁹

No Direito brasileiro, em face da regra do art. 20, é bem um caso de estado de necessidade o furto famélico.

Parte Geral de 1984, art. 24

Ainda se pode invocar essa justificativa em outras diversas figuras delituosas,

como a violação de segredo profissional, ou de correspondência, ou de domicílio, e no chamado abortamento necessário.

O art. 153 do Código Penal comina penas para o ato de “divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem”. Já o art. 154 pune o ato de “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”. Esse elemento — sem justa causa, reiteradamente expresso, lembra o estado de necessidade a impedir que alguém, que revela segredo, sofra punição por esse fato. A justa causa não deve ser uma causa de pequena importância, e sim relevante, séria. Mas é visível que o poder concessivo da locução ultrapassa o do conceito da justificativa que estudamos.

Esse delito de revelação de segredo profissional envolve verdadeiros problemas de consciência. O médico, ou advogado, que tem conhecimento, no exercício da sua profissão, de um segredo, não pode, em princípio, revelá-lo. Mas às vezes um grande mal seguramente resultará da conservação do segredo, e cumpre não o manter. Suponha-se um médico que, na sua clínica, vem a saber que um rapaz oculta aos pais a doença grave de que é portador, deixando por isso de tratar-se. Ou nota que uma empregada doméstica, a que presta assistência, silenciárá, junto à família para a qual trabalha, acerca de enfermidade contagiosa que contraíu e que, assim, transmitirá às pessoas com quem convive. Evidentemente, não deve o facultativo abster-se da certificação salvadora.

Relativamente ao segredo profissional de advogados e médicos, há quem diga que uns e outros não podem invocar a justificativa do estado de necessidade, porque são terceiros intervenientes na colisão de interesses. Essa objeção é afastada atualmente pela nossa lei, quando se refere a — direito próprio ou alheio. Assim, resguarda relevante direito alheio o médico que denuncia a enfermidade do cliente, nos exemplos apresentados.

Também pode aparecer essa justificativa no crime de violação de domicílio (art. 150): pune-se a entrada ou permanência de alguém, contra a vontade do dono, em casa alheia. Adiante, porém, o mesmo artigo declara não constituir crime a entrada “a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser”. O ingresso na moradia de outrem ocorre, então, em estado de necessidade, podendo também, conforme as circunstâncias, caracterizar-se a legítima defesa de terceiro. Em estado de necessidade dar-se-á inconfundivelmente a entrada quando para acudir vítima de desastre, contingência de que cogita a Constituição ao prever a inviolabilidade do domicílio: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer” (art. 153, § 10).

Constituição de 1988, art. 5.º, n.º XI

Outro exemplo interessante, típico mesmo, dessa causa de exclusão de

criminalidade é o do abortamento necessário, modalidade em que o próprio Código emprega esse adjetivo — necessário. Não se pune o abortamento praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante. Já o Código anterior [1890] encerrava disposição equivalente, que é, aliás, encontrada na maioria das legislações.

Ocorre aí uma autêntica hipótese de estado de necessidade, embora a questão seja muito discutida, sob o aspecto moral e religioso — sobretudo no entendimento da Igreja Católica, que condena o abortamento, sistematicamente.

Pode dar-se que, sem o abortamento, tanto a mãe como o filho tenham de perecer, em razão das condições em que se desenvolve a gravidez. Nesse caso, justifica-se o abortamento, com o qual se visa poupar uma das duas vidas — a da gestante. A dificuldade surge, quando ocorre a alternativa de se saber qual dos dois interesses jurídicos se deve poupar, dado que só se possa salvar uma vida. A dúvida, então, é resolvida pelas pessoas ligadas à paciente e, em geral, se prefere a salvação da mãe. Sob o ponto de vista jurídico, a questão não apresenta dificuldade, porque, uma vez consumado o fato, não há possibilidade de se deixar de reconhecer o estado de necessidade, sendo manifesto que a vida do filho foi suprimida para não sucumbir a mãe.

Mesmo que não houvesse disposição expressa — e há, na Parte Especial do Código, o art. 128, n.º I — ter-se-ia de isentar de pena o médico que praticasse o abortamento. Nota-se, porém, utilidade na explícita determinação legal: a norma deixa ver que, conquanto as causas justificativas sempre se apurem em processo regular, na hipótese se dispensa ação penal, ante a comprovação imediata da licitude da conduta e, assim, da inexistência de uma figura de crime.

99 — As teorias — inúmeras — a respeito da impunibilidade dos fatos praticados em estado de necessidade classificam-se em três grupos: para uns, aqueles que agem em virtude do estado de necessidade estão fora da órbita do Direito Penal. Outros, reputando injusta a ação da pessoa que assim procede, excluem a responsabilidade, tendo em vista considerações de ordem subjetiva, relacionadas com a profunda perturbação de ânimo do agente; terceiros declaram justa, jurídica, a ação.

ALIMENA, no livro *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, faz minuciosa análise dessas teorias e chama a atenção para o especial atrativo que os estudiosos têm encontrado no problema. Cita exemplos famosos, como aquele do iate *La Mignonette*, cujo capitão e seu imediato, sobrevivendo ao naufrágio da embarcação, após 18 dias de sofrimento no mar, mataram um tripulante, para saciar a fome e a sede, como se fossem canibais. Esse fato, ocorrido em 1884, foi julgado na Inglaterra. Condenados os réus à pena de morte, beneficiaram-se em seguida com uma comutação, para prisão por seis meses.

Deixando claro que o caso narrado seria considerado por parte da doutrina como causa de exclusão de culpabilidade (estado de necessidade exculpante), por se tratar de sacrifício de bens de igual valor em relação aos que foram preservados, o exemplo suscita uma importante consideração: o fato de duas pessoas haverem matado uma terceira para poder sobreviver —

ou seja, de uma vida ter sido sacrificada em benefício de duas — em nada afeta o juízo de licitude da conduta. Tanto para os que trabalham com o balanceamento de bens valorados quanto para quem opera com o critério da razoabilidade do sacrifício, a conduta tenderia a ser considerada ilícita (ainda que não culpável), pois entende-se hoje que “o valor de bens jurídicos personalíssimos, como a vida, a integridade corporal, a honra, etc., não se incrementa por multiplicação numérica” (STRATENWERTH, 2000: 211). Assim, não se poderia dizer que duas vidas valem mais do que uma, e que por isso seria razoável o sacrifício. É o que ensinava Welzel por meio do famoso exemplo do operador de trilhos: se um trem desce desgovernado em direção a outro, lotado de passageiros, não é lícita a conduta do operador que, para diminuir o número de mortos, aciona mecanismo para mudá-lo de trilhos, a fim de que colida contra um canteiro onde trabalham poucos obreiros. A vida de dois operários não vale menos do que a de uma centena de passageiros. Ainda que tal conduta certamente seja desculpável (ou seja, desprovida de culpabilidade), não é considerada lícita, de forma que não se pode dizer que o operador de trilhos tenha agido sob abrigo do estado de necessidade justificante.

A mesma ressalva vale para quantificações baseadas em critérios de produtividade social ou longevidade esperada: “Seria antijurídico que um médico matasse paciente prestes a morrer para extrair de seu cadáver órgão que possivelmente asseguraria longa vida a outro paciente que, do contrário, igualmente morreria” (ROXIN, 1997: 686).

Mesmo em casos extremos, em que seja fatal e irreversível o perigo a que se submete uma das vidas em conflito, a doutrina procede com imensa cautela para o reconhecimento do estado de necessidade justificante. Tome-se, por exemplo, a situação narrada por Stratenwerth: em uma expedição de alpinistas, um dos atletas desequilibra-se e cai, ficando dependurado por uma corda que une a todos; seu peso, aliado às condições adversas da montanha, coloca em risco imediato e concreto a vida dos demais, e todos morrerão em poucos instantes a não ser que a corda seja imediatamente cortada. É absolutamente impossível salvar o alpinista pendente. Nesse caso, se a corda for cortada, o bem jurídico a ser sacrificado (a vida do alpinista dependurado) não sofrerá qualquer perigo adicional, já que o seu perecimento é certo, enquanto os bens jurídicos a serem poupados estão na iminência de sofrer dano de máxima intensidade (morte), e serão certamente salvos se a corda for partida. Agiria por estado de necessidade justificante aquele que cortasse a corda? Parte minoritária da doutrina considera que sim, mas é majoritária a opinião de que, mesmo nesse caso, não se pode falar em exclusão de ilicitude, mas apenas de culpabilidade, já que a vida humana não pode ser relativizada nem mesmo quando está virtualmente perdida.

Casos enquadráveis nesta matéria têm-se verificado por ocasião de catástrofes e calamidades públicas. Em terremotos, incêndios e naufrágios, não é raro que pessoas espavoridas, tomadas de pânico, causem a morte de outras, para salvar a própria vida.¹⁰

A salvação mencionada no exemplo é considerada atualmente, por parte da doutrina, como estado de necessidade excludente de culpabilidade, e não de ilicitude. Isso porque, como anteriormente dito, tratando-se de casos em que o conflito de bens oponha vida contra vida, a doutrina recomenda cautela excepcional no reconhecimento do estado de necessidade justificante.

Encaradas as teorias, por aquela forma esquemática, em três grupos, deve-se dizer que há sempre certo fundo de verdade na explicação que os prosélitos dos vários sistemas dão ao fenômeno. Quando os bens jurídicos postos em colidência são de valor desigual, tendo o Estado interesse em que predomine o mais importante, pode entender-se cabível verdadeira justificação. Mas, quando os bens são de igual importância, o Estado se limita a declarar a impunibilidade do titular do bem vitorioso. E, para explicar a solução, tanto se poderá invocar uma das teorias que excluem a punibilidade pelos fundamentos de ordem subjetiva, como alguma daquelas que consideram o estado de necessidade fora da órbita do Direito Penal, reconhecendo que a necessidade justifica o procedimento lesivo. Diz um brocardo que da necessidade nasce o direito — *ex necessitate jus oritur*. E acrescenta-se: a necessidade não tem lei.

A despeito de se falar com frequência simplesmente em “conflito de bens”, é importante registrar que a doutrina também reconhece o estado de necessidade justificante em casos de conflito de deveres, que ocorre quando dois ou mais deveres concorrem de tal forma que nenhum deles pode ser cumprido sem que se viole os demais (STRATENWERTH, 2000: 213).

Assim, se o corpo de bombeiros de uma pequena e isolada cidade, que dispõe apenas de um carro, receber ao mesmo tempo duas chamadas distintas para atender a ocorrências de incêndio em lados opostos da cidade, deverá atender primeiro o maior e mais perigoso deles; os danos advindos do não atendimento à outra chamada serão acobertados pelo estado de necessidade justificante.

Contudo, não só pelo peso dos bens regula-se o estado de necessidade no conflito de deveres mas também pelo grau de

vinculação entre quem tem o dever e aquele que necessita de atendimento. Assim, “um dever de tutela ou asseguramento específico tem prevalência sobre outros deveres gerais de auxílio” (STRATENWERTH, 2000: 214). Dessa forma, se ocorre acidente automobilístico com diversas vítimas, o pai tem o dever de salvar em primeiro lugar o seu filho, e só depois cuidar das demais vítimas (ROXIN, 1997: 728).

Entre os penalistas que procuram explicar o fenômeno dizendo que o fato se afasta do âmbito do Direito Penal, se incluem os escritores que opinam decorrer a impunibilidade da incoercível força do instinto de conservação. A Escola Positiva — pela voz de FLORIAN, um dos seus mais prestigiosos expositores — admite essa teoria, procurando completá-la. Ao seu ver, à idéia do instinto de conservação, como escusa do fato, se deve ligar o exame da índole dos motivos, que essa corrente criminológica sempre considera como relevantíssima averiguação. Quando alguém age em estado de necessidade — pondera a Escola Positiva — não tem a intenção de praticar um crime e lesar outrem, mas apenas obedece a impulsos insopitáveis, compreensíveis na precária natureza humana.

O Estado tolera o comportamento lesivo então posto em prática, porque não se anima a exigir que os homens sejam heróis. Não poderia erigir à condição de dever legal o desprendimento, o altruísmo, a abnegação.

100 — A legítima defesa¹¹ é uma justificativa que sempre existiu, desde as mais remotas legislações, entre os povos mais antigos. Todos os códigos penais a contemplam, visto que corresponde a uma necessidade imperiosa, a de resguardar-se o direito.

Várias teorias se constituíram para mostrar porque se deve admiti-la. Entre elas, a da anulação da injustiça, formulada por HEGEL, para quem a agressão é a negação do direito e a reação é a negação dessa negação, sendo, portanto, a afirmação do direito. Aí se depara um desdobramento da teoria da justiça absoluta acerca da finalidade da pena. A reação retribui a agressão, tal como a pena retribui o crime.

CARRARA sustentava a teoria da defesa pública subsidiária, ainda muito em voga na Itália e em outros países. Segundo essa concepção, o indivíduo, como particular, concorre, ao lado do Estado, na defesa do direito. Faltando a ação estatal — que é representada, entre outros meios, pela pena — para a tutela do direito, cabe ao particular defender o bem jurídico que está sendo agredido. Tem o cidadão uma faculdade originária de defesa, que retoma o seu lugar na ausência momentânea da autoridade pública. Historicamente, a defesa do direito, a cargo do Estado, apareceu posteriormente à exclusiva defesa individual. Assim, é natural que, não conseguindo recorrer à autoridade pública para evitar a consumação da violência que lhe está sendo infligida, o particular se utilize das suas próprias forças. Há, então, como que uma delegação tácita dos poderes estatais ao indivíduo, para que preserve o direito, cumprindo assim verdadeiro dever de cidadão.

Fala-se, também, numa teoria da exclusão da antijuridicidade, explicando-se que aquele que age em legítima defesa procede de acordo com o direito, razão pela

qual o seu ato não é punível. Pondera-se, no entanto, que essa explicação não merece, realmente, o nome de teoria: não é senão a simples positivação objetiva do fato, independentemente das razões filosóficas e primeiras da eliminação do caráter criminoso da conduta do agente.

Para alguns escritores, ocorre, na legítima defesa, um caso especial de estado de necessidade, de modo que as mesmas razões que escusam o procedimento do necessitado explicariam a não criminalidade do ato praticado em legítima defesa.

Ao passo que no estado de necessidade se entrecrocavam dois interesses lícitos, na legítima defesa só um dos interesses em conflito é jurídico e se contrasta a uma agressão injusta. Contudo, o homem que se defende legitimamente procede sob o império de premente necessidade e de maneira análoga à do necessitado. Como enuncia a nossa lei, emprega meios necessários. Daí poder-se efetivamente dizer que a justificativa que ora focalizamos é uma variante do estado de necessidade, com a nota peculiar de que só o interesse posto a salvo é legítimo. Consigne-se, porém, que, se a necessidade não tem lei, o Direito escusa amplamente o que realiza a defesa legítima contra uma agressão atual ou iminente, além de injusta. O seu procedimento é conforme ao ordenamento jurídico.

A Escola Positiva, dando, como de costume, grande importância ao exame dos motivos, esclarece que aquele que procede em legítima defesa atende a impulsos marcadamente sociais. Não revela temibilidade e, por isso, não deve ser punido.

Há sempre certa dose de verdade nas explicações que, no Direito Penal, se arrimam ao estudo psicológico das infrações. Cada vez mais essa disciplina vai conferindo relevo à qualidade dos motivos — tanto na configuração dos crimes como na verificação da periculosidade ou reconhecimento da sua inexistência.

Entretanto, envolve dominadoramente ao instituto da legítima defesa o aspecto de licitude objetiva, emanada do fato em si, com independência do estado subjetivo do autor da repulsa. Aliás, com esse mesmo fundamento outrora já se combatia o ponto de vista de PUFENDORF, que apontava a perturbação de ânimo do agente como a razão eximente de pena.

O que, via de regra, o autor da agressão injusta mais teme não é a ameaça penal, sempre aleatória, e sim a reação individual do ofendido. Esta é, pois, indispensável. Ainda que não se aceite a teoria positivista dos motivos determinantes, inquestionavelmente a defesa legítima, constituindo uma atitude de proteção ao direito, é socialmente útil e, assim, não pode comportar punição.

101 — O Código declara, no art. 19, n.º II, que não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa e, no art. 21, dá os elementos dessa causa de exclusão de criminalidade, dizendo: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Em linguagem muito mais cuidada que a do Código de 90, estão no preceito enfeixados aqueles requisitos que constavam do artigo correspondente do estatuto anterior, permitindo-se, porém, maior maleabilidade à ação do juiz.

São pressupostos da legítima defesa, como, aliás, decorre da simples leitura do texto: 1.º) uma agressão injusta, atual ou iminente; 2.º) contra determinado bem ou interesse jurídico; 3.º) uma relação de proporção entre a agressão e a reação que lhe é oposta.

Como foi dito, a doutrina em peso exige hoje um quarto requisito para a legítima defesa, comum a todas as causas excludentes de ilicitude: o já mencionado elemento subjetivo, representado pela consciência de que se age com o fim de repelir a injusta agressão (*animus defendi*).

Elemento a destacar inicialmente é a agressão — a ofensa ao direito, atual e injusta. A agressão, que motive repulsa lícita, deve ser atual, ou pelo menos iminente. A lei anterior falava tão-só em — atual, mas sempre se entendeu, em inúmeros julgados, que se compreendia também a agressão iminente, a qual praticamente se confunde com a atual. Foi o atual Código [1940] mais explícito.

Com esse vocábulo — iminente — não se pretende que a agressão possa ser futura: está afastada, do conceito da legítima defesa, a agressão remota. Se é futura, tem o agente meios para evitar-lhe os efeitos: pode recorrer à autoridade pública. Se não o fizesse, estaria comprometida a legitimidade da sua reação. Do mesmo modo — e com mais razão — se exclui de cogitações a defesa por agressão passada. Não seria legítima. Se está consumada a ofensa ao direito, a atitude tardia de revide não representaria senão mera vingança.

A agressão deve ser injusta, para autorizar a reação legítima. No conceito de injustiça da ofensa acha-se contida a idéia de ausência de provocação, a que expressamente se referia o Código anterior [1890]. Entre os requisitos apontados por aquele estatuto, estava o consistente em não ter a pessoa que invoca a justificativa da legítima defesa provocado o seu ofensor.

Mas não se poderá realmente exigir de maneira extremada a ausência de provocação. Pode dar-se o caso de alguém exercer certa provocação e sofrer uma ofensa desproporcionada a essa provocação, tendo de defender-se. Preferiu, pois, prudentemente, o nosso Código, evitar imprimir ao requisito em exame aquela sua antiga forma rígida, e compreendeu-o, com alguma ductilidade, nas palavras — injusta agressão. Se a provocação, de que tem culpa, é tal que o agente fique em situação de injustiça, ele não pode invocar a legítima defesa, porque, sendo injusta a sua atitude perante o antagonista, a desse último será, em princípio, justa — e de ação justa ninguém pode defender-se.

Não pode defender-se — e aí vai um exemplo indubitável — aquele que é detido legalmente pela autoridade; não pode resistir ao oficial de justiça, que vá prendê-lo no cumprimento de uma ordem legal. Sofre restrição ao seu direito à liberdade, mas é um constrangimento justo.

A propósito da injusta agressão, não se deve perder de vista que somente uma provocação séria, que torne responsável o agente pelo acontecimento, o impede de invocar a legítima defesa. Se o agente, pelo seu procedimento censurável, anterior aos recíprocos atos de violência, constituiu a verdadeira causa do fato — é, moralmente, o responsável e, defendendo-se, procede com injustiça. Não há em seu benefício o requisito da agressão injusta. Mas a avaliação oferece transcendentais dificuldades práticas, como veremos mais adiante.

Em casos freqüentemente aparecidos verifica-se que alguém provoca determinada pessoa, para atraí-la a um desforço, vindo então a matá-la. Coloca-se o sujeito ativo, por meio de uma encenação adequada, em condições aparentes de legítima defesa. Em realidade, há apenas um pretexto de defesa.

A injustiça da agressão deve ser admitida em conformidade com o razoável ponto de vista do sujeito ativo, independentemente das condições individuais que acarretam ao ofensor a falta da capacidade de sofrer imputação moral. Assim, existe legítima defesa se o agente reage à perigosa investida de um alienado ou de um menor irresponsável. Há quem prefira aplicar a tais hipóteses — a nosso ver, sem razão — a justificativa do estado de necessidade.

Se, reagindo a uma agressão injusta, o agente atinge, em *aberratio ictus*, pessoa inocente, subsiste em seu favor o requisito da injusta agressão, como resulta do art. 53: o crime considera-se praticado contra a pessoa visada, inclusive para o efeito de sua justificação.¹²

O art. 53 do Código de 1940 tem seu equivalente no art. 73 do Código em vigor: “quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela”; em seguida, o mencionado dispositivo remete ao art. 20, § 3.º do Código, que afirma não ser isento de pena o agente que erra quanto à pessoa que pretendeu atingir e, tal qual o art. 73, manda que seja aplicada a lei como se o agente tivesse atingido a quem pretendia. Assim, de acordo com Francisco de Assis Toledo, o erro na execução da legítima defesa que leve ao ferimento ou morte de terceiro permanece válido em face do Código atual, ressalvado que o defensor permanecerá civilmente responsável pelos danos sofridos pelo terceiro atingido (TOLEDO, 1984: 78).

Contudo, o assunto é polêmico na doutrina atual. Roxin assevera, por exemplo, que a legítima defesa só é cabível contra o próprio agressor e seus bens jurídicos (ROXIN, 1997: 664 e ss.); caso terceiras pessoas ou bens sejam atingidos, poderá haver outras excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, mas jamais a legítima defesa. Afinal, se considerarmos que a principal idéia da legítima defesa é que o direito não deve recuar em face do ilícito, como justificar, por essa rubrica, o dano, ainda que acidental, à esfera de bens jurídicos de terceiro que não atua ilicitamente? Um exemplo real, narrado pelo autor ajudará a elucidar a

questão: em determinado bar, iniciou-se uma grande briga; alguns clientes, acuados, “armaram-se” de jarros de cerveja para se defenderem de eventuais agressões, e alguns dos jarros foram efetivamente utilizados (e quebrados) com esse propósito. O Tribunal Supremo do Reich decidiu que as lesões aos agressores justificavam-se como legítima defesa, mas não o dano ao patrimônio do bar, que teve suas jarras quebradas; este seria justificado apenas como estado de necessidade. A única exceção a essa regra, ainda segundo Roxin, é para o caso de o bem alheio ser o objeto utilizado para a agressão (ROXIN, 1997: 666): se alguém lança mão de vaso de terceiro para agredir outrem, este poderá, por justificativa de legítima defesa, quebrar o vaso.

O raciocínio vale, *mutatis mutandis*, para o erro na execução da legítima defesa: se A tenta matar B, e este, no intuito de defender-se, atira uma pedra em A, mas provoca lesões em C, não poderá justificá-las como legítima defesa, já que C não atuava ilicitamente contra B; poderá, sim, justificá-las com o estado de necessidade, já que este admite lesão a bens jurídicos que não pertençam ao causador do perigo.

102 — O texto reza que se entende em legítima defesa quem usa moderadamente dos meios necessários à repulsa. É preciso, portanto, que o agente não se exceda.¹³ O Código de 1890 incluía entre os elementos essenciais à configuração da legítima defesa o emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da agressão. Com uma só palavra — moderadamente — está o atual estatuto repetindo o elemento constante do anterior.

O exame da moderação deve ser feito levando-se em conta as condições pessoais e as circunstâncias especiais em que se encontrou o agente. O que, aliás, se dá na apreciação de todos os requisitos da legítima defesa. É mister que o juiz se coloque na posição do acusado e mentalmente procure reconstruir o lance em que ele se viu envolvido, para verificar se os atos praticados foram proporcionados à ofensa recebida.

A lei fala em meios necessários. A idéia de necessidade está ligada à de moderação. Para que alguém proceda moderadamente, deverá não ultrapassar o limite da necessidade. Um dos requisitos do Código antigo [1890] era redigido nas seguintes palavras: impossibilidade de prevenir ou obstar a ação e de invocar e receber socorro da autoridade pública. Era preciso que o agente, ao praticar — por assim dizer — justiça pelas suas próprias mãos, não tivesse logrado pedir a proteção do poder público ou aguardá-la a tempo. Esse requisito é ainda representado pela locução — meios necessários, do preceito do atual Código [1940]. A conjuntura em que se encontra o agente é inevitável. Ele não tem como contorná-la sem recorrer, pessoalmente, à violência. Se pudesse evitá-la, não militaría em seu favor a legítima defesa.

A reação perde o caráter de necessária, se, nas circunstâncias, podia o agente furtar-se normalmente, sem desaire, à contingência de reagir. Há casos em que tal é o expediente aconselhável: assim, o do filho em relação ao pai, o do perseguido

perante o alienado perseguidor, etc. Mas, de modo geral, a fuga não representa um dever, que o Estado não poderia impor em matéria de defesa de direito. Acresce que, freqüentemente, subtrair-se à luta não é recurso seguro, nem eficaz.

Em suma: as palavras — usando moderadamente — dos meios necessários — estão substituindo, respectivamente — emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da agressão; e impossibilidade de prevenir ou obstar a ação e de invocar e receber socorro da autoridade pública. Em cada um dos Códigos as duas idéias são correlatas, afins, muito próximas. Não são, porém, sinônimas, não denotam redundância, que seria vício imperdoável da lei.

A sinonímia só teria de ser reconhecida se fosse absolutamente impossível fixar particularidades diferenciais. Mas o legislador desdobrou a justificativa através dos seus dados componentes, que antiga e imutável doutrina consagrou. A despeito de haver a *Exposição de motivos* dito que se tem em mira eliminar certos requisitos traçados pelo Código de 1890, não é de crer que o legislador escrevesse palavras inúteis, sem correspondência com o conhecido e tradicional arcabouço jurídico do instituto. Em verdade, nenhum requisito foi eliminado, mas unicamente se simplificou a redação do texto, outorgando-se-lhe menor rigorismo formal, o que permite mais flexibilidade à ação do julgador.¹⁴

O pressuposto da proporcionalidade entre a agressão e a repulsa desdobra-se em dois elementos: inevitabilidade e moderação. O sujeito ativo não poderia deixar de agir e, assim, os meios de que se serve são necessários, indispensáveis. Os Práticos falavam, a propósito, na *necessitas inevitabilis*. Ou, por outras palavras: os meios de que lança mão atendem à necessidade, em que se acha, de defender o direito (inevitabilidade), o que ele faz sem exorbitar (com moderação). Assim, apesar do entrelaçamento dos dois elementos, bem se vê que é possível separá-los conceitualmente.

Em consequência, não têm razão os juristas que, no tocante ao problema da formulação do questionário da legítima defesa no Tribunal do Júri, preconizam a aglutinação dos dois elementos num só quesito, indagando-se: o réu usou moderadamente dos meios necessários? Tal fórmula se ressentida do vício da complexidade. Observe-se, porém, o que expomos na última frase do tópico 106 e nota 229.

Desdobrados, pois, para melhor compreensão, os requisitos da legítima defesa são os seguintes: a) atualidade (ou iminência) da agressão; b) injustiça da agressão; c) inevitabilidade da situação; d) moderação na repulsa.

No tocante à proporcionalidade da reação defensiva, vale registrar a interessante posição de Stratenwerth. Segundo ele, a capacidade do autor para manusear o instrumento defensivo também dá os limites dos danos que serão justificáveis como legítima defesa. Se, por exemplo, a única forma possível de se defender de determinada agressão for o uso de arma de fogo, devem ser consideradas as habilidades do defensor como atirador: “se é um mal atirador, e o disparo é a única possibilidade de defesa, todos os riscos vinculados

inevitavelmente ao disparo estarão cobertos pela legítima defesa” (SRATENWERTH, 2000: 200). Assim, enquanto ao bom atirador bastaria um tiro certo em local estratégico do corpo do agressor, o mau atirador possivelmente terá de disparar repetidas vezes, e poderá provocar danos no patrimônio de terceiros, que estariam justificados como legítima defesa, por serem inevitavelmente vinculados à situação defensiva, consideradas as capacidades do defensor e a necessidade do uso de arma de fogo no caso concreto.

Parte Geral de 1984, art. 25

103 — O Código não discrimina os bens jurídicos que podem ser alvo de ofensa e que devem ser, portanto, objeto de defesa. Apenas, de forma genérica, alude a — direito seu ou de outrem. A justificativa é cabível não só à defesa própria, como à de terceiro, e isso está declarado no texto.

Quanto às espécies de interesses que possam ser defendidos legitimamente, conclui-se que todos os bens jurídicos se comportam sob a égide dessa justificativa, desde que suscetíveis de ofensa material. A vida, que é o mais importante dos bens jurídicos, pode ser protegida pela legítima defesa. A integridade física, também, evidentemente: a vítima da agressão injusta e atual, embora não esteja sofrendo perigo de vida, pode repelir a agressão, contanto que o faça moderadamente. A inviolabilidade do domicílio. A liberdade, de igual modo. Pode alguém que vai ser preso, privado da sua liberdade, em condições injustas, ilegais, reagir em legítima defesa. Suponha-se a hipótese de alguém que está sendo detido em cárcere privado. Usará, lícitamente, dos meios ao seu alcance para fazer cessar o constrangimento físico.

Dada a importância que atualmente se dá à tutela penal de bens jurídicos difusos e coletivos, ganhou relevo na doutrina a discussão em torno da legitimidade, ou não, da legítima defesa contra agressões a bens jurídicos não-individuais.

Roxin aponta que nem todos os bens jurídicos são defensáveis por meio da legítima defesa, e exclui desse conjunto os de natureza difusa e coletiva, que ele chama de “bens jurídicos da comunidade” (1997: 625-628). Sustenta o autor que “à ordem social pacífica, produzir-se-á mais prejuízo do que benefício se cada cidadão puder defender violentamente, ainda que não haja nenhum particular que necessite de proteção; pois, nesses casos, ante cada violação jurídica real ou imaginária, poder-se-iam produzir cenas de luta que são precisamente aquilo que o Estado quer evitar ao estabelecer ‘guardiões da ordem’

específicos (a polícia)” (1997: 625). Por essa razão, segundo Roxin, o Tribunal Supremo Federal da Alemanha não reconheceu legítima defesa na conduta de estudante de teologia que, para defender a moralidade pública, tomou à força impressos pornográficos de uma banca de jornais.

Roxin defende sua posição apontando que a competência exclusiva do Estado em garantir a paz pública conflita com a legítima defesa de bens coletivos por particulares (1997: 627). A tese tem aplicabilidade também ao caso brasileiro, já que a Constituição de 1988, em seu art. 144, estabelece que a segurança pública é “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, e deve ser garantida por meio de órgãos específicos, que são a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis e militares estaduais, além dos corpos de bombeiros. É verdade que o Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 301, que qualquer cidadão do povo poderá prender quem seja encontrado em flagrante delito, o que poderia levar à equivocada conclusão de que cidadãos e polícias partilham das mesmas faculdades e prerrogativas no combate ao crime. A esse argumento, porém, há de se fazer duas objeções. A primeira diz respeito aos distintos níveis de agressividade das duas medidas: a autorização para deter alguém em flagrante delito permite, no máximo, a imobilização do agente, enquanto a legítima defesa autoriza verdadeira agressão contra a pessoa; e, como é sabido, da autorização para menos não decorre autorização para o mais. A segunda objeção é de ordem histórica: de 1941 — ano em que foi promulgado o atual Código de Processo Penal — até os dias de hoje, muita coisa mudou no regramento de nossa paz pública. A Constituição de 1967, por exemplo, estabelecia que “toda pessoa natural ou jurídica” era “responsável pela segurança nacional” (art. 89), caminho bastante diferente daquele trilhado pelo constituinte de 1988, que, por meio do já mencionado art. 144, atribuiu esse dever exclusivamente ao Estado. Assim, há de se levar a sério as teses que derivam do postulado de que os cidadãos não detêm a mesma legitimidade da polícia na tarefa de combate ao crime, como é o caso da vedação da legítima defesa em face de crimes contra bens jurídicos difusos ou coletivos.

O direito de propriedade é dos que se resguardam através de atos enquadráveis na legítima defesa. Para impedir que um ladrão lhe leve o dinheiro, pode a vítima feri-lo.

Muito se tem questionado sobre a legitimidade dos processos de defesa predispostos à preservação dos bens materiais: engenhos mecânicos, correntes elétricas de alta voltagem, detonadores automáticos em cofres, etc., que produzem lesões ou a morte do larápio eventual. Há quem ponha em dúvida a ocorrência, aí, do requisito da atualidade da agressão e também se discute o assunto sob os aspectos

da necessidade e da moderação. Mas prevalece o entendimento favorável à licitude, em princípio, do uso de tais métodos acauteladores, sob o amparo da justificativa que estudamos, tendo sido, em alguns casos concretos, proclamado o excesso culposos.¹⁵ Já se alvitrou, ainda, aplicar-se à hipótese outra justificativa, a do exercício regular de direito.

Mesmo a posse, desmembramento do direito de propriedade, pode ser defendida com violência, facultada pela lei. O art. 502 do Código Civil diz: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se, por sua própria força, contanto que o faça logo”. E esclarece o parágrafo desse artigo: “Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. Condena-se o excesso, mas autoriza-se o emprego dos meios necessários a impedir a ofensa ao direito do possuidor.

Código Civil de 2002, art. 1.210, § 1.º

É, porém, manifestamente exagerada a tese de que qualquer bem jurídico pode ser defendido com a morte, se não há outro meio para salvá-lo. A exemplo do que dizem o art. 20, *caput*, e o seu § 2.º, acerca do estado de necessidade, a que muito se assemelha a legítima defesa, devemos salientar que não seria razoável — exatamente porque não ocorre estrita necessidade — a morte, a tiros de espingarda, da criança que se encarapitou na árvore frutífera e que, não fora a reação, retornaria à proeza, num dos intervalos da vigilância do proprietário. Existe cruel demasia — excesso doloso — nessa repulsa, a que não corresponde um estado de verdadeira necessidade.

O estado de necessidade é definido no art. 24 da Parte Geral de 1984. O § 2.º do art. 20 do Código de 1940 foi reproduzido no § 2.º do atual art. 24, e estabelece que haverá redução de pena, de um a dois terços, quando for razoável exigir o sacrifício do bem preservado em estado de necessidade. Os dispositivos tratam, portanto, da razoabilidade do sacrifício de um bem jurídico em benefício de outro, que é a questão central da ponderação de interesses, tida como importante variável no juízo de exclusão de ilicitude.

Assim, estabelecido em princípio que todos os bens jurídicos são resguardáveis pela defesa legítima, cada caso terá de ser examinado à luz dos requisitos da necessidade e da moderação.

A honra poderá também ser objeto da legítima defesa, uma vez que não existe restrição no texto legal. Mas a expressão “honra” comporta diversas idéias. Problema que deve ser discutido em face do atual Código [1940], como o foi em relação ao Código anterior, é se a honra lesada na calúnia, na difamação ou na injúria poderá

ser protegida pela legítima defesa. Não deverá, em nossa opinião, caber a justificativa. Os atos de repulsa de uma pessoa que sofre ofensa à sua dignidade assumem uma feição não consentânea com os requisitos da legítima defesa. Dar-se-á que a pessoa, atingida nos seus bríos — ou repila a ofensa de maneira análoga, ofendendo também a quem a insultou, ou tome um desforço físico. Se repelir a ofensa por meio de palavras, o caso estará compreendido na disposição legal que permite compensarem-se as injúrias quando haja retorsão imediata.¹⁶ Essa espécie de repulsa não incidirá, pois, no âmbito da legítima defesa. Se preferir o moralmente ofendido reagir pelo emprego da força, não estará evitando que se consume uma agressão, mas apenas vingando-se: isso não constitui legítima defesa. Mas a honra, no sentido de pudicícia ou pudor, — esta sim — pode ser objeto de legítima defesa. Suponha-se uma mulher assaltada por alguém que lhe quer macular a honra, atentando contra o seu pudor. Ela tem o direito de matar, se necessário, o ofensor, em legítima defesa. Aliás, a reação também seria em prol da integridade física.

A conclusão a que se chega, no exame dos direitos patrocináveis por essa justificativa, em face do Código vigente [1940], não discrepa daquela a que, em geral, se chegava no domínio da legislação anterior. É que só os direitos suscetíveis de ofensa material podem ser protegidos pela legítima defesa.

Tal ilação emana, com muita clareza, não só de alguns dos requisitos traçados pelo texto legal sobre a matéria, como da própria sistemática do nosso Código.

Já não tomemos por base o vocábulo — agressão, que depõe, preferentemente, no sentido de ataque corporal. Poder-se-ia objetar que a palavra foi empregada na acepção comum de ofensa. Acresce, porém, que o preceito alude a agressão atual ou iminente, e as ofensas morais, já proferidas, são indeclinavelmente passadas. A agressão física, a título de resposta, não constitui defesa, e sim investida. Atente-se, por outro lado, à severidade restritiva com que a lei frisa a imprescindibilidade de moderação na repulsa, através dos meios necessários. Medida a acepção exata de — necessidade, não se poderá duvidar de que os golpes ou tiros não são meios necessários, em sentido jurídico, para repelir apodos ou increpações. E só mesmo metaforicamente e para efeitos teatrais, estranhos à exegese científica, se poderá pretender que exista proporcionalidade entre contumélias e lesões, entre ultrajes e homicídio.

Ademais, se o Código pune, expressamente, ainda que com penas minoradas, o homicídio e os ferimentos praticados “por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima” (arts. 121, § 1.º; e 129, § 4.º), como dizer que os dispensa de pena através de suposta legítima defesa da honra? Como dizê-lo, ainda mais, se o próprio Código acentua, no art. 24, que ninguém pode alegar o ímpeto incoercível de uma emoção ou de uma paixão para acobertar-se de pena?

Parte Geral de 1984, art. 28, n.º I

As ofensas à honra com exteriorização material só se abrigam, juridicamente, à sombra da justificativa em apreço em função da sua objetividade. Assim, por

exemplo, a bofetada no rosto de um homem, desferida ou não com intuito ultrajante, pode, manifestamente, dar ensejo à justificação legal, nos limites do art. 21, porque representa ofensa também física. A vítima da ofensa, simultaneamente material e moral, poderão repeli-la legitimamente, desde que proceda com moderação, em atividade proporcional ao ataque recebido. Se, pelo fato da bofetada, e não pelo perigo para a sua vida, vier a matar ou tentar matar o agressor, estará agindo imoderadamente, sem o uso dos meios necessários. Lícito é, exclusivamente, o desforço comedido e com o fim de coibir o prosseguimento da agressão.

Parte Geral de 1984, art. 23

Uma das questões que muito se discutiram no regime do Código anterior [1890], no tocante à natureza dos bens abrangíveis na legítima defesa, é a de saber se a preservação da honra ligada à fidelidade conjugal pode ser exercida por meio de atos violentos; se tais atos devem permanecer impunes pelo reconhecimento da justificativa. O tema foi debatido em crimes passionais — casos de flagrante adultério, em que ocorria o homicídio praticado pelo marido contra a mulher, ou o parceiro adúltero.

A solução predominante foi no sentido de considerar-se impossível falar aí em legítima defesa da honra, pelas razões que vimos apontando.

Tal problema, no Código antigo [1890], não tinha muita importância, porque a absolvição não encontrava dificuldades, por força do larguíssimo uso que se fazia da dirimente da perturbação de sentidos e inteligência. Mas o assunto reaviva-se no regime do atual Código [1940], por efeito da abolição daquela elástica dirimente. A inclinação comum, relativamente aos autores de crimes dessa espécie, é para a benevolência. Não obstante, a solução jurídica deve ser negativa, por todo o conjunto de motivos que acima expusemos. Certos desfechos favoráveis à tese, em processos debatidos no tribunal popular, contrariam abertamente, além do espírito do nosso vigente Direito Penal, textos iniludíveis de lei positiva.

E se, em situações como essa, o autor do homicídio é o intruso adúltero, ao ser atacado pelo morador do lar que foi conspurcado? Beneficia-se o homicida com a justificação que estudamos?¹⁷

Não se pode pretender, e ficou realçado, que o cônjuge atingido pelo adultério tenha, nesse exemplo, o direito de matar ou ferir. A sua reação, do ponto de vista jurídico-penal, é ilegítima, e enquadra-se em disposições punitivas que comportam grande atenuação. Sendo ilegítima, só por isso não passa à qualidade de legítima a situação do outro, que é um ofensor, um provocador, não merecendo se reconheça em seu benefício o requisito da injustiça da agressão que vem a sofrer. Conseqüentemente, se ferir ou matar, não se achará em legítima defesa.

Mas também é chocante exigir que se deixe imolar passivamente, o que pareceria natural decorrência da ilicitude da sua reação. Tanto mais chocante, se se lembrar que ao marido, como vimos, faltaria direito para matar ou ferir.

Contornando a grave dificuldade, tem-se sugerido, na doutrina, atribuir ao

homicídio praticado em tais condições pelo autor da ofensa moral a diminuinte do excesso culposo, entendendo-se que a imoderação, conquanto não se situe nos meios usados, residiria na causa do fato.

Não nos parece procedente essa proposta, cujo acolhimento desnaturaria a figura do excesso culposo, pertinente na verdade aos meios e, por isso, correlato ao requisito da moderação. Assentimos a que, em tal caso, se fale em excesso do provocador; não, porém, em excesso culposo, pois a culpa tem como pressuposto objetivo uma conduta lícita, e a causa consistiria, aqui, no crime de adultério. Este poderia ser tachado como excesso, ocorrendo, pois, excesso na causa, mas o atributo de culposo lhe é nitidamente inadequado.

Praticamente, ressentir-se-ia ainda a apontada solução do inconveniente de acarretar pena insignificante, quase sempre com *sursis*, ao autor de um homicídio revestido da mais acentuada gravidade moral. A lei deveria dar à hipótese contemplação particular, que, em nosso Código, poderia ser análoga à do art. 20, § 2.º. Cogitando do estado de necessidade imperfeitamente configurado, esse dispositivo autoriza reduzir-se a pena de um a dois terços.

Parte Geral de 1984, art. 24, § 2.º

E, a propósito, precisa o julgador precaver-se contra o pretexto de defesa, próprio de conjunturas como essa: se o partícipe do adultério se valeu, premeditadamente, da oportunidade, para eliminar o marido incômodo, logo que este esboçasse a sua reação, não seria exclusivamente imoral, mas absolutamente injurídico, premiar o homicida com a atenuação correspondente ao excesso culposo, ou outra semelhante.

O Código de 1984 manteve estritos limites ao reconhecimento da perturbação dos sentidos como excludente de imputabilidade. Permanece válida, portanto, a objeção de Basileu Garcia à chamada “legítima defesa da honra”, que, de resto, tem pouca aceitação na doutrina e jurisprudência atuais, ao menos no que diz respeito ao homicídio. Há, contudo, quem aceite a legítima defesa da honra quando esta consistir de reação proporcional e moderada, pela justificativa de que a Constituição eleva a honra ao patamar de direito fundamental (art. 5.º, n.º X). Assim, por exemplo, Nucci admite que a pessoa traída expulse de sua casa o (a) amante de seu cônjuge sem que tal ato configure o crime de lesões corporais (2006: 247), rejeitando, contudo, que tal defesa dê-se por meio de homicídio tanto do cônjuge adúltero, quanto de seu (sua) amante, por faltar nessa hipótese o requisito da proporcionalidade e moderação dos meios empregados.

104 — À legítima defesa putativa¹⁸ se refere, como já ficou dito, o art. 17 do Código Penal, dizendo que “é isento de pena... quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Essa disposição torna evidente que aquele que não se encontra em situação real de legítima defesa, mas supõe encontrar-se, por erro, desde que a suposição seja razoável, pode ter em seu favor essa causa de exclusão de delituosidade. Assim, a hipótese de quem mata o antagonista que lhe aponta um revólver descarregado. Não tem motivos o agente para imaginar que a arma esteja sem munição. Subjetivamente achar-se-á em legítima defesa, se praticar a repulsa.

As discriminantes putativas — isto é, as situações de exclusão de ilicitude que são inexistentes de fato, mas apenas imaginadas pelo agente — vêm tratadas, na Parte Geral de 1984, no § 1.º do art. 20, que trata do erro de tipo. Esse dispositivo legal reuniu duas normas que, no Código de 1940, vinham separadas entre o *caput* do art. 17 e seu primeiro parágrafo, e estabelece o seguinte: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existente, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

Os tratadistas costumam indicar ainda outros exemplos de legítima defesa putativa, que se deve caracterizar por uma sincera crença, por parte do agente, de achar-se em efetiva situação de legítima defesa. Assim, o exemplo do indivíduo que, a caminho da sua casa, foi atacado por um amigo brincalhão, disfarçado em bandido, e matou-o, supondo-o um autêntico salteador. Em nosso foro debateu-se este caso típico: um homem matou, por engano, a esposa, que durante a noite se levantara do leito. Ao vislumbrar, na obscuridade, o vulto da mulher, desfechou-lhe tiros, tomando-a por um ladrão. Foi absolvido, reconhecendo-se-lhe a situação subjetiva de legítima defesa, porque os autos não deixavam dúvida sobre a veracidade do relato.

A prática do Código, nos anos iniciais da sua execução e ainda presentemente, revelou a tendência dos acusados a abusar da alegação de legítima defesa putativa. É um fenômeno que se explica pela abolição da dirimente da completa perturbação de sentidos e inteligência. Uma ou duas testemunhas dizem que a vítima “fez um gesto”, como a pretender sacar o seu revólver, o qual, freqüentemente, se apura não existir, nem poder existir... E pede-se a legítima defesa putativa. Estão-se verificando, desse modo, indissimuláveis deturpações do pensamento acolhido na lei.

Arestos dos tribunais têm advertido que se deve exigir, a propósito, prova absoluta, para evitar o desvirtuamento da eximente do art. 17 do Código Penal, à semelhança do que aconteceu com a antiga perturbação de sentidos e inteligência.

A legítima defesa putativa constitui uma dirimente, porquanto o seu fundamento reside no art. 17, onde se diz que o agente é isento de pena. Na verdade, o erro de fato essencial importa em negação do dolo.

Parte Geral de 1984, art. 20, § 1.º

Como, no entanto, essa dirimente se interpenetra a uma justificativa, a do art. 21, têm os tribunais, depois de alguma vacilação, recomendado que, nos julgamentos do Júri, o questionário respectivo não apresente exclusivamente o texto do art. 17, mas esse texto aliado aos elementos da justificativa, indagando-se se o réu, em consequência de erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supôs achar-se em face de uma agressão iminente à sua pessoa (ou a outrem); e mencionando-se nas demais perguntas, sempre, o caráter suposto do requisito.

Parte Geral de 1984, art. 20, § 1.º, e 25

O fato de as discriminantes putativas serem previstas em um parágrafo do art. 20, que, recordemos, trata do erro de tipo, poderia levar à apressada conclusão de que elas seriam modalidades específicas de erro de tipo e que, assim, excluiriam sempre a tipicidade da conduta. Em verdade, não é assim que foram tratadas pelo Código de 1984. Em torno do tema discute-se, em resumo, qual seria a natureza jurídica das discriminantes putativas na Parte Geral de 1984: seriam elas sempre excludentes de dolo (e, portanto, de tipicidade, na sistemática finalista)? Seriam elas, ao contrário, sempre excludentes de culpabilidade (enquanto exigibilidade de conduta diversa)? Ou seriam elas, ainda, ora uma coisa, ora outra?

Prevalece o entendimento de que a natureza jurídica da discriminante putativa dependerá de saber se o erro quanto à causa de justificação foi ocasionado por má compreensão da realidade fática, hipótese em que se tratará de erro de tipo, eliminando o dolo e, eventualmente, permitindo a punição por culpa, se assim permitir o tipo penal; ou, ao contrário, se derivou de erro quanto aos limites da permissão pela justificação, caso em que se tratará de erro de proibição, devendo ser a pena reduzida em função da diminuição da culpabilidade do agente, ou mesmo eximindo-se o agente de pena caso se trate de erro invencível (TOLEDO, 194: 286).

Tem-se insistentemente afirmado, na jurisprudência, que na legítima defesa putativa não há cogitar de suposta agressão atual, e sim apenas iminente, alegando-se que só a respeito desta é possível versar o erro do agente. Não nos parece exato semelhante entendimento. Há exemplos característicos de suposição atinente a agressão atual, constituída por ilusória ofensa física presente, sem aptidão ou finalidade lesiva.

105 — Questão interessante é a da legítima defesa recíproca.¹⁹ Afigura-se, à primeira vista, não ser possível encontrarem-se duas pessoas, reciprocamente, em legítima defesa, porque essa justificativa emana de uma agressão injusta. Pode verificar-se, porém, a legítima defesa recíproca, em virtude de se admitir a legítima defesa putativa. Considere-se a hipótese de dois policiais à procura de certo criminoso, em compartimento quase inteiramente escuro, com grave equívoco um em relação ao outro. Um deles percebe um vulto que lhe vai atirar e, ao mesmo tempo, saca da sua arma e atira no imaginário antagonista, que é o seu colega. Vêm-se, nesse caso, os dois homens em legítima defesa recíproca, por efeito do engano que faz com que cada um deles se suponha em face de agressão injusta e atual.

Em verdade, não há legítima defesa contra legítima defesa, e só estaria, efetivamente, sob o império dessa justificativa o que houvesse sido inicialmente atacado. Mas o erro essencial daria ao outro igual direito à absolvição.

Se bem que não haja legítima defesa contra legítima defesa, é, ainda, perfeitamente possível que no mesmo processo o veredicto absolutório, baseado nessa descriminante, atinja dois acusados de agressão mútua. Na realidade, só um deles estará em legítima defesa. Mas pode acontecer que o fato não haja sido testemunhado ou por outro motivo não se esclareça suficientemente para saber-se qual dos dois contendores inicialmente agrediu ao outro. Não sendo jurídico condenar sem certeza, ambos deverão ser absolvidos.

106 — O parágrafo único do art. 21 preceitua: “O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa responde pelo fato, se este é punível como crime culposo”. Já ficou frisado que é requisito da legítima defesa a moderação. Quando, porém, a pessoa defende um bem jurídico importante — a vida, por exemplo, encontra-se, naturalmente, em situação angustiosa, de sérias dificuldades. Não se pode exigir que proceda com cuidados dosados; deve-se admitir, com tolerância, algum excesso, que se mostre escusável. Pode dar-se que o excesso tenha sido intencional. A pessoa estava, de início, em legítima defesa; a agressão que sofreu era atual e injusta. Utilizou-se de meios necessários à repulsa, mas tomou-se de ódio pelo agressor e excedeu-se, voluntariamente. Nesse caso, não sealaria em legítima defesa, por faltar o requisito da moderação.

O excesso punível, antes restrito à legítima defesa, foi estendido pela Reforma de 1984 a todas as causas de exclusão de ilicitude. É o que diz o parágrafo único do atual art. 23: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo

Pode dar-se, entretanto, que o excesso não seja intencional, resultando do estado de perturbação de ânimo do agente, do seu temor de sucumbir. Se o excesso for inteiramente escusável, atribuindo-se às fortuitas circunstâncias da repulsa, poderá ser reconhecida a legítima defesa, dado que o agente haja procedido, sob o aspecto da aparente imoderação, em erro, justificado pelas circunstâncias. Ainda aqui domina o princípio de que o putativo equivale ao real. Mas, se o excesso provier de injustificável desatenção do agente, dir-se-á culposo. Haverá punição, pois que já não se perfaz a justificativa da legítima defesa. Todavia, a pena será mitigada.

Na culpa, há uma atitude inicial lícita do agente e também a apresentam os atos praticados em legítima defesa: não tem ele a intenção de ofender, mas a de defender-se. Dado esse antecedente, — a origem lícita dos atos praticados — pode-se dizer que o excesso, quando não seja imputável à intenção do agente, sê-lo-á à sua culpa, *stricto sensu*. Deve ele ser punido por não haver procedido com moderação. Mas a pena ser-lhe-á imposta com brandura.

Responde por delito culposo, mas isso quando o fato vem como tal previsto na lei. Ora, o homicídio culposo é definido no Código Penal. Por conseguinte, alguém que, ao defender-se de agressão atual e injusta, procede imoderadamente, com excesso culposo, e assim mata o seu antagonista, não tem a justificativa da legítima defesa, devendo ser condenado por homicídio culposo. A pena cabível será de um a três anos de detenção (art. 121, § 3.º).

Quanto à formulação do quesito concernente ao excesso culposo, para a decisão dos jurados (o réu excedeu culposamente os limites da legítima defesa?), é grande a vacilação da jurisprudência quanto a ser obrigatória a sua inserção ou depender de requerimento do defensor. Atualmente, predomina o primeiro critério, que nos parece contrariar o art. 484, n.º III, do Código de Processo Penal. A resposta afirmativa redundaria em desclassificação do crime, e esta, consoante aquele dispositivo, deve ser pleiteada.

Tal quesito só deve ser submetido à votação quando o Júri, tendo afirmado os precedentes elementos da justificativa, nega a moderação da repulsa. Reconhecido, então, que o acusado procedeu com excesso, entra-se a indagar se o excesso foi culposo.²⁰

107 — Inserem-se duas justificativas na disposição do art. 19, n.º III, que declara não haver crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.²¹

Parte Geral de 1984, art. 23, n.º III

Mesmo que o Código Penal não incluisse disposição expressa nesse sentido, ter-se-ia como indubitável não ocorrer crime nas duas situações.

Consideremos a primeira. É óbvio que a pessoa que se limita a cumprir o seu dever — ainda mais, dever imposto pela lei — e procede estritamente, sem exorbitância, não comete delito.

Essa causa excludente entros-se com o disposto no art. 18, que alude ao crime cometido em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Há dever legal na estrita obediência a ordem que ao subordinado não se apresenta como contrária manifestamente à lei.

Parte Geral de 1984, art. 22

Aliás, essa menção ao preceito do art. 18 apenas formula uma hipótese, entre muitas. Assim, este exemplo: o advogado tem o dever legal de guardar segredo profissional. Se receber uma notificação, de autoridade policial ou judiciária, para depor sobre fatos abrangidos pelo seu dever de segredo, terá de negar-se a depor. Se for processado pelo delito de desobediência, invocará a justificativa em exame: cumprimento de dever legal.

Parte Geral de 1984, art. 22

O art. 18 do Código de 1940 equivale ao art. 22 do diploma em vigor. A única diferença de redação é que o código anterior falava em “crime cometido”, enquanto o atual fala em “fato cometido”. Vale mencionar que, de acordo com a atual redação do art. 474 do Código de Processo Penal, é mister que o excesso doloso ou culposo seja quesitado quando for objeto de tese acusatória ou defensiva em julgamentos perante o Tribunal do Júri.

Mas, no caso, esquivar-se a depor é um direito: em seu benefício ocorre também a justificativa do exercício regular de direito. Vê-se que, por vezes, as duas causas de exclusão de antijuridicidade se aliam e quase se confundem.

Um policial, munido do competente mandado judicial, vai efetuar a prisão de um delinqüente. Ao tornar efetiva a ordem de captura, fere-o, porque o criminoso resiste. Tem o agente em seu favor a justificativa do cumprimento de um dever legal. As circunstâncias também poderão ensejar a justificativa da legítima defesa: se as lesões forem praticadas em repulsa moderada à agressão, para que o defendente salvasse a própria integridade física. Figure-se, porém, que a oposição do capturando não se concretize em violência lesiva, mas, por exemplo, em fuga (resistência passiva), e que, para ser detido, sofra leves contusões, produzidas sem

excesso, o qual seria delituoso. Configurar-se-ia a justificativa em exame.

Qualquer do povo pode prender quem esteja cometendo crime. É a prisão em flagrante. O cidadão não tem o dever de prender, mas sim a faculdade. Se, no exercício desse seu direito, lesar a integridade física do delinqüente, agindo com moderação, escusar-se-á com a justificativa do exercício regular de direito. Visto que o particular não tem o dever de capturar, não seria acertado identificar nesse exemplo a justificativa do cumprimento de dever legal.

Também a disposição expressa acerca do exercício regular de direito não é indispensável à estrutura do Código Penal. Mas é útil, para afastar dúvidas e abranger certos casos, perfeitamente atendíveis, de exclusão de antijuridicidade que poderiam não caber muito nitidamente nos contornos das demais justificativas. Se o Direito, em qualquer dos seus ramos, aprova a prática de determinado ato, é claro que a legislação penal não poderia contrariar a norma permissiva e considerar punível o acontecimento.

Mais um exemplo que se pode propor, da aplicação dessa causa de exclusão de criminalidade consubstanciada na segunda parte do art. 19, n.º III, é o chamado direito de correção. Aos pais cumpre corrigir os filhos, e é lícito que empreguem, em determinados casos, com moderação, o castigo corporal. Assim sempre se entendeu, e outrora se reconhecia também em relação aos mestres, que, incontrastavelmente, podiam punir as crianças sob a sua orientação educativa. Se não perdura na moderna pedagogia tal faculdade quanto aos professores relativamente aos alunos, prevalece, todavia, para os progenitores perante os filhos sujeitos ao pátrio poder. Diz o Código Civil que os pais têm o direito de exigir a obediência e o respeito dos filhos — o que, em certas circunstâncias, não conseguiriam sem o recurso à coerção material. Assim, quem castiga fisicamente um filho realiza ato no exercício de direito, e o praticará regularmente se não se exceder. Se agir abusivamente — porque o meio corretivo não era necessário, ou foi aplicado em demasia — incorrerá em disposições repressivas.

Parte Geral de 1984, art. 23, n.º III Código Civil de 2002, art. 1.634, n.º
VII

A normalidade, em princípio, da conduta, sugere alguma dose de benevolência na apreciação do acontecimento. Só os castigos provadamente imoderados tornam aconselhável a interferência da Justiça penal. Aliás, traçando a figura intitulada — maus tratos (art. 136), o Código Penal menciona, para incriminar, o abuso de meios de correção ou disciplina, que exponham a perigo a vida ou a saúde, como a pressupor a licitude do seu uso em limites prudentes.

Oferece afinidade com o art. 19, n.º III, segunda parte, o disposto no art. 345: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”. Aí se define um crime. Ao enunciá-lo, o Código aceita, excepcionalmente, que alguém faça justiça pelas suas próprias mãos, quando a lei o autoriza. Será então um caso de exercício regular de direito.

O exemplo acima apresentado, da defesa da posse, executada pelo possuidor esbulhado ou na iminência de o ser (art. 502 do Código Civil), é um caso de justiça feita pelas próprias mãos do particular, em atos consentidos pela lei e que, em consequência, perdem o caráter supostamente delituoso. Já dissemos que a eliminação da antijuridicidade em tal hipótese pode dar-se através da legítima defesa. Mas haverá situações às quais não confluem todos os elementos dessa justificativa e que, no entanto, se arrimem ao art. 502 do Código Civil, cujo texto é um pouco mais concessivo. Em verdade, o desforço em prol da recuperação da posse, efetivado logo após a sua perda, não se compadece, estritamente, com o requisito da atualidade da agressão. É, não obstante, jurídico. Invocar-se-á, mais exatamente, a justificativa do exercício regular de direito.

Código Civil de 2002, art. 1.210, § 1.º

108 — Não quis o legislador pátrio seguir a esteira de alguns códigos modernos, como o italiano e o argentino, que, a propósito do excesso culposo, inserem um dispositivo geral, atinente às diversas causas de justificação. A norma do nosso art. 21, parágrafo único, circunscreve-se à legítima defesa. Pune-se por delito culposo, desde que como tal a modalidade esteja prevista, o agente que, originariamente em defesa legítima, se torne imoderado por falta de cautelas, não atribuível à intenção, mas proveniente da perturbação de ânimo. As influências psicológicas que conduzem ao excesso involuntário foram bem focalizadas no antigo Código alemão (§ 53) através dos substantivos aturdimiento (*Bestürzung*), medo ou terror.

Parte Geral de 1984, art. 23, parágrafo único

Mas não poderá ocorrer o mesmo em face das outras justificativas: exceder-se alguém, culposamente, no estado de necessidade, no cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito? Tal possibilidade bem evidente se mostra no exemplo dos castigos corporais. Ao castigar o filho, o pai, que inicialmente se acha no exercício de direito, resvala, por vezes, a excesso não intencional, mas culposo. Não cogitou o Código, entretanto, da conveniente desclassificação do delito em contingências como essa.

A nosso ver, a matéria do excesso devia ter disciplina unitária. Prever-se-iam as hipóteses de que o cumprimento de dever legal não fosse *estrito*, o exercício do direito não fosse *regular*. Aí deixamos sublinhados vocábulos inconciliáveis com a idéia de excesso, o que, porém, não impediria fossem contempladas situações de imperfeita configuração da justificativa, merecedoras do intenso abrandamento penal.

No que concerne ao estado de necessidade, o preceito que permite ao juiz

reduzir a pena, quando seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado (art. 20, § 2.º), atende, de modo indireto, mas insuficiente, à eventualidade do excesso culposo. Insuficiente em cotejo com a profunda diminuição da pena, e mesmo a sua substituição por outra de qualidade menos aflictiva (de reclusão para detenção), que se operam através do reconhecimento do excesso culposo na legítima defesa.

Parte Geral de 1984, art. 24, § 2.º

109 — Em seguida ao assunto das justificativas, cumpre tratar dos problemas penais regulados pelo trecho do Código que se intitula *Da responsabilidade*.²²

Parte Geral de 1984, arts. 26 a 28

Proclamando que transcende à experiência humana saber se a vontade é absolutamente livre e fazendo sentir a sua indiferença para com “a interminável e insolúvel controvérsia metafísica entre o determinismo e o livre arbítrio”, o legislador brasileiro considera a liberdade da vontade como base insubstituível da responsabilidade, mas de modo empírico isento de preocupações filosóficas (*Exposição de motivos*, tópico n.º 4).

Ainda hoje, permanece em aberto a controvérsia acerca da efetiva existência de livre arbítrio nos seres humanos, sendo aceito pela doutrina, de forma razoavelmente pacífica, que, dada a incapacidade de comprovação empírica de tal elemento, ele não pode servir de fundamento e condição para a responsabilização penal (ROXIN, 1997: 799). Limitar o tema da imputabilidade à existência ou não de livre arbítrio, ademais, implicaria virtual redução de todas as faculdades intelectuais do ser humano ao plano intelectual que, como lembra Muñoz Conde, não é o único e nem o mais importante de que dispomos (1988: 138).

No conceito de delito, foi incluído o elemento culpabilidade. Para ser punida, a ação humana deve ser culpável — poder-se atribuir à culpa (*lato sensu*) do seu autor. A culpabilidade comumente deixa de ocorrer em circunstâncias de normalidade psíquica do agente. Assim acontece sempre que, em face de determinada acusação da prática de crime, se conclui pela inexistência do elemento subjetivo da suposta infração — dolo, culpa (*stricto sensu*). O sujeito ativo, ainda que mentalmente são e desenvolvido, não é culpado.

Na doutrina contemporânea, bem como no Código Penal de 1984, trabalha-se com a culpabilidade, tal qual a definimos no capítulo anterior, como elemento central do juízo de responsabilização penal, tanto no que diz respeito à existência ou não de responsabilidade quanto no que tange à extensão dessa responsabilidade — daí o Código falar, repetidas vezes, em “medida da culpabilidade” do agente (ver o art. 29, por exemplo). A culpabilidade tem como pressuposto a imputabilidade penal, que se define como capacidade de culpabilidade — “que o autor, ao momento da ação, tenha sido capaz de atuar de modo responsável: de compreender o ilícito do fato de se determinar por essa compreensão, renunciando à sua realização” (STRATENWERTH, 2000: 235).

Mas o dolo e a culpa pressupõem indispensáveis condições psíquicas. Para proceder dolosa ou culposamente, o agente deve possuir certo grau de desenvolvimento mental e encontrar-se em suficiente saúde de espírito, de modo a se lhe reconhecer, com o uso da razão, o da inteligência e da vontade. Não há culpabilidade sem poder o agente dispor de vontade consciente.

Conforme já explicado no capítulo anterior, dolo e culpa não mais pertencem à culpabilidade; são, isto sim, elementos subjetivos do tipo penal, no esquema da teoria finalista da ação. Por isso, a imputabilidade não é mais tratada como pressuposto do dolo e da culpa, mas, sim, da culpabilidade, com a definição que lhe demos no Capítulo X.

Exprime-se pela palavra inimputabilidade a inculpabilidade do agente, se, mais que originária da ausência de dolo ou culpa, se radica diretamente na sua personalidade, provindo de profundo comprometimento das suas faculdades mentais ou de outra equivalente situação psíquica, em que desaparece a capacidade de responder perante a lei penal. O agente é então inimputável e, ainda que a sua conduta se ajuste materialmente a um dispositivo definidor de delito, permanece a coberto de pena.

Pela palavra “inimputabilidade” e suas variantes (o adjetivo “inimputável”, por exemplo), entende-se a incapacidade de responsabilização penal do agente — ou seja, incapacidade de culpabilidade. Os elementos que determinam a inimputabilidade do agente serão vistos mais adiante em detalhes, mas os efeitos do seu reconhecimento permanecem em alguma medida os

mesmos: o agente ficará isento de pena, aplicando-se-lhe, em vez disso, medida de segurança (arts. 96 e seguintes do Código Penal).

O codificador de 1940 preferiu, na denominação da matéria, dizer responsabilidade, ao invés de imputabilidade. NÉLSON HUNGRIA defendeu essa diretriz. Mas a expressão relegada ressurgiu na *Exposição de motivos* (cfr. tópico 19).

No Código de 1984 preferiu-se a expressão “imputabilidade”, apontada na Exposição de Motivos de 1984, como a mais correta.

Argúi-se, plausivelmente, alguma impropriedade em falar que uma pessoa seja imputável, ou inimputável, porquanto esses adjetivos designam qualidade da ação em atinência ao indivíduo. Determinado ato imputa-se, isto é, atribui-se, a certa pessoa. Esta não é imputável: o seu ato é que lhe pode ser imputado.

Não obstante, o uso das palavras que o Código quis repudiar é pacificamente aceito em toda parte — na doutrina e na prática penais do Brasil e do estrangeiro. Também a palavra — imputado — é utilizada como sinônimo de acusado ou réu.

Convém manter os vocábulos em apreço, fixando-se certa diferença entre imputabilidade e responsabilidade. A imputabilidade pode conceituar-se como a aptidão do indivíduo para praticar determinados atos com discernimento. É, portanto, uma condição psicológica. Equivale a capacidade de Direito Penal. Dessa condição psicológica — simples aptidão — pode resultar ou não a responsabilidade. Resultará se não ocorrer uma das variadas causas que afastam a imputação, entre as quais as causas excludentes de antijuridicidade. Pode alguém ser imputável e não responder perante a lei, por ser jurídico o seu procedimento.

Permanece com eco na doutrina a idéia de considerar a imputabilidade como elemento psíquico. Stratenwerth a define como a capacidade do autor de agir de forma responsável por conhecer a ilicitude da ação e ser capaz de se auto-determinar de acordo com ela (SRATENWERTH, 2000: 234). Muñoz Conde, em sentido semelhante, fala de imputabilidade como “capacidades físicas e psíquicas mínimas” para que se considere um autor culpável (MUÑOZ CONDE, 1988: 137).

Segundo esse critério diferencial, responsabilidade não se considera como sinônimo de imputabilidade e sim, mais precisamente, como uma decorrência da imputabilidade. Esta representa um pressuposto daquela, tal qual acontece com a

ilicitude do comportamento, a qual também constitui pressuposto da responsabilidade, ou seja, uma condição para que o agente responda pelo seu ato e sofra as correspondentes conseqüências penais.

Dados esses esclarecimentos, advertimos que, não podendo ser afastada a designação que o texto legal preferiu, a ela também por vezes recorremos na exposição e na explicação dos textos pertinentes ao tema.

De acordo com a Exposição de Motivos de 1984, os equívocos terminológicos do Código de 1940 foram corrigidos pela Comissão de Reforma, não havendo mais, no Código em vigor, o equívoco que Basileu Garcia apontou em relação ao diploma de 1940.

Em síntese, a inimputabilidade resulta de enfermidade, inferioridade, imaturidade ou alteração psíquica. Veremos em que sentido e em que medida o Código Penal levou em conta essas variadas causas.

A Parte Geral de 1984 aponta como elementos que excluem a imputabilidade: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto; a menoridade; a embriaguez completa exclusivamente proveniente de caso fortuito ou força maior, desde que, em qualquer dessas hipóteses, seja o agente, no momento da ação, inteiramente incapaz de compreender a ilicitude ou de se determinar de acordo com tal entendimento.

O sistema acolhido pelo nosso legislador, na exclusão da imputabilidade ou — para usar a sua designação predileta — da responsabilidade, é rigorosíssimo. Aboliu-se a malfadada perturbação completa de sentidos e inteligência. Os cinquenta anos de vigência do Código de 1890 convenceram de que o preceito respectivo se prestava a toda sorte de abusos. A vida humana, especialmente, não tinha garantias, por efeito das facilidades que essa dirimente proporcionava aos matadores.

O legislador de 1984 optou por manter a disciplina rigorosa de que fala Basileu Garcia. Com efeito, a Exposição de Motivos aponta que “permanecem íntegros” os dispositivos referentes à emoção, paixão e embriaguez, tendo sido feitas meras adequações terminológicas em relação ao que dispunha o Código de 1940, sem que haja qualquer alteração de relevo no sentido dos artigos de lei respectivos.

Diga-se, porém, em abono ao legislador antigo, que a fórmula por ele redigida não era tão ruim como o foi a sua deturpada aplicação. Por certo o legislador de 90 teve em vista os casos de insanidade mental.

Aliás, a redação primitiva do texto falava em “privação completa de sentidos e inteligência”. Houve, porém, críticas, opondo-se que privado completamente da inteligência e dos sentidos só estaria o cadáver.²³ Redargüiu em artigo na imprensa o Conselheiro BAPTISTA PEREIRA, dizendo ter havido erro na publicação, pois que o texto original rezava: perturbação. Um decreto, em 1923, determinou que, onde se lia — privação, se lesse — perturbação.

110 — Consoante prevê o art. 22 do estatuto repressivo, a inimputabilidade decorre de doença ou profunda deficiência mental, que tornem o agente, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parte Geral de 1984, art. 26

De acordo como art. 26 da Parte Geral de 1940, a inimputabilidade decorre de doença mental, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que implique, ao tempo da ação ou omissão, inteira incapacidade em compreender o caráter ilícito do fato, ou de se auto-determinar o agente de acordo com esse entendimento.

Explica a *Exposição de motivos* que o sistema adotado é o bio-psicológico. Há três sistemas a respeito: o biológico, o psicológico e o bio-psicológico ou misto. Pelo sistema biológico, entende-se que, presente a enfermidade mental, se dá a inimputabilidade, sem se indagar se as mórbidas condições de espírito do agente é que suscitaram a sua conduta criminosa. Perfilhou-o o art. 64 do Código Penal francês: “Il n’y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l’action”. Pelo sistema psicológico, faz-se abstração da existência de enfermidade, dispensa-se mesmo a sua positivação, para atentar à perturbação psíquica do sujeito ativo, a qual pode não ter causa patológica. O Código toscano, de 1853, seguia-o no seu art. 34: “Le violazioni della legge penale non sono imputabili, quando chi le commisse non ebbe coscienza dei suoi atti e libertà d’elezione”. Esse o critério do nosso Código de 1890, tal como foi aplicado. Pelo sistema bio-psicológico ou misto, faz-se a fusão dos dois métodos e têm-se em consideração, conjugadas para autorizar o reconhecimento da inimputabilidade, a enfermidade ou deficiência mental e a perturbação conseqüente, que precisa abolir, no autor do fato, o seu entendimento ético-jurídico e a faculdade de livre determinação da vontade. Numerosos estatutos o adotaram, especialmente os modernos, entre eles o argentino,

Parte Geral de 1984, art. 26

Na Exposição de Motivos de 1984, pouco se fala do critério escolhido para a determinação de inimizabilidade, deixando o texto a impressão de que se mantiveram os mesmos critérios da legislação anterior. Nesse sentido, Juarez Tavarez e Luiz Régis Prado apontam que a maioria dos códigos penais latino-americanos recentes — incluindo o brasileiro — tem preferido a adoção do critério misto (MUÑOZ CONDE, 1988: 154). A única justificativa apresentada pelo Legislador de 1984 refere-se especificamente à inimizabilidade do menor de 18 anos, que se funda em opção político-criminal calcada no reconhecimento de que o menor, “ser naturalmente incompleto, é naturalmente anti-social” por não ser inteiramente “educado e instruído”, razão pela qual o tratamento de seus atos desviantes deve orbitar em torno da educação, e não da pena (Exposição de Motivos, n.º 22).

O rigor extremo desse sistema evidencia-se levando-se em conta que em certas modalidades de doenças mentais pode o sujeito ativo ter a compreensão do ato em grau bastante para se lhe reconhecer capacidade penal. Não é inadmissível que um doente mental se encontre, no momento da conduta proibida, em situação de entender e querer. O Código não vislumbra inalterável relação de causa e efeito entre doença mental, mesmo grave, e inimizabilidade. Assim, nos chamados intervalos lúcidos ou períodos livres. Na realidade, o agente é um enfermo. O seu mal, porém, teve interrupção. Será imputável se praticar delito durante o intervalo de lucidez.

O ilustre psiquiatra HEITOR CARRILHO, falando dos intervalos lúcidos peculiares à psicose maníaco-depressiva, subordinou o seu reconhecimento à condição de que a lucidez se mantenha durante prolongado tempo — dois meses, pelo menos. Admitindo-lhes a existência, o professor FLAMÍNIO FÁVERO²⁴ não põe em dúvida a eficácia dos atos jurídicos da vida civil praticados nesses interregnos de claridade espiritual, mesmo porque o que se nota então, como advertem RUIZ MAYA e NERIO ROJAS, é a cura da doença, que depois retorna. O próprio casamento, que exige inconfundível manifestação do consentimento, seria válido salvo a seguinte restrição: é possível que a pessoa que se casa com um louco, em período de intermitência, o faça sem saber que o é, e haverá erro essencial. Se se concluir que a moléstia mental é grave e transmissível por herança, o casamento será anulável. Não fosse isso, ter-se-ia de aquiescer à validade. Também o ato de testar. Se o anômalo mental, em intervalo lícido, pode praticar atos jurídicos válidos — como o de dispor

dos seus bens — deve admitir-se que ele pratique delitos, integrados pelo requisito da culpabilidade.

Entre os exemplos de estados mórbidos excetuáveis da eficácia dirimente comum nos transtornos psíquicos, é de acrescentar-se uma referência a certas monomanias paranóicas. O doente com mania de perseguição pode matar o seu pretense perseguidor, em imaginária legítima defesa. Será tido como inimputável. Mas pode praticar um crime estranho àquele exclusivismo do seu entendimento conturbado, contingência em que, consoante a férrea previsão legal, seria responsabilizado, por ter agido com inteligência e vontade.

É bem de ver que estamos realçando o alcance máximo da norma jurídica, inspirada em óbvias razões de política criminal, preocupada em reagir contra a criminalidade e o pendor à benevolência, da parte dos julgadores. Não se esqueça, porém, que, neste assunto, a palavra dos peritos psiquiatras, ainda que não vincule o juiz, é sempre fundamental à decisão. E dificilmente se conceberá que um médico afirme, nos casos concretos, a independência entre o crime e a subsistente psicose. Muito de temer seria a eventualidade de erro e de injustiças dolorosas, a que mesmo o jurista, chamado a apreciar a hipótese, procuraria poupar-se. Nem por isso se mostra menos verdadeira a tese que paira sobre os casos concretos.

Assim é também a propósito da epilepsia.²⁵ O epilético pode cometer um crime em circunstâncias alheias ao mal comicial, fora do acesso próprio da moléstia.

Escrevendo sobre a responsabilidade criminal, o professor GUALTER ADOLFO LUTZ²⁶ encara com prudência o problema das remissões e intermitências nos distúrbios mentais, mostrando que, em determinadas circunstâncias, é muito mais científico levar em conta a possibilidade de que o exame médico haja deixado de trazer à tona “algo de mórbido que ia pela alma do paciente”.

Lembre-se, outrossim, a categoria terrível dos loucos morais, ou psicopatas amorais, como prefere denominá-los JOSÉ ALVES GARCIA, ao traçar-lhes este perfil, na sua *Psicopatologia forense*: “São indivíduos insensíveis, anti-sociais ou perversos, destituídos de compaixão, de vergonha, de sentimentos de honra e conceitos éticos; não sentem simpatia pelas pessoas de seu grupo social e têm conduta lesiva ao bem-estar e à ordem estabelecida. As personalidades desse tipo mostram-se precocemente voluntariosas, cruéis, insinceras, cometem faltas, não se adaptam nos colégios, e, já na maturidade, tornam-se inacessíveis, impiedosas, brutais e impulsivas. São frias, pérfidas e arrogantes. Seu campo de ação anti-social é o das ofensas físicas contra pessoas e a propriedade, reincidindo freqüentemente nos delitos de sangue”.

Os criminalistas propendem a incluir o louco moral entre os imputáveis, visto como tem íntegra a inteligência, embora grandemente transviada a afetividade. Não deixa de ser um anormal, mas a defesa da coletividade reclama que se lhe apliquem penas. E, visivelmente, não o impede a fórmula prescrita no art. 22, ao aludir, de modo expressivo, à total, à absoluta inaptidão para compreender ou orientar-se.

Esse artigo reza: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

É a mesma redação do atual art. 26, que apenas substituiu a expressão “caráter criminoso do fato” por “caráter ilícito do fato”.

Que a loucura moral não costuma conduzir à inimputabilidade, demonstrou, em livro, RICARDO C. NÚÑEZ, balanceando o pensamento dominante na Psiquiatria e na Criminologia. Frisa que é a conclusão de TANZI, ao referir-se aos “anômalos lúcidos, que delinqüem por um defeito constitucional de sua capacidade ética”. A loucura moral, como realça o professor argentino, não acarreta a inimputabilidade, exceto quando seja o resultado de uma enfermidade mental, consoante estabeleceram a doutrina e a jurisprudência alemãs, ou quando se traduza em uma insuficiência ou alteração mórbida da inteligência ou da vontade, que não permita ao agente compreender a criminalidade das suas ações ou dirigi-las.²⁷

Nota LOGOZ, em comentários à norma do art. 10 do Código Penal suíço, na qual se plasmou o nosso art. 22, que, para haver irresponsabilidade, basta que uma das duas consequências de ordem psicológica haja sido produzida pela doença ou deficiência mental. Deverá o agente ser declarado irresponsável ainda que o seu estado patológico não o tenha privado da faculdade de apreciar o caráter ilícito do seu ato, se ele não estava em condições de determinar-se de acordo com essa apreciação. Contudo, não seria possível ao juiz decretar a irresponsabilidade sem existir a alteração biológica. Não importaria, por si só, tratar-se de indivíduo moralmente pervertido e, assim, mais ou menos incapaz de dominar os seus instintos.

Parte Geral de 1984, art. 26

Diz a *Exposição de motivos* que o art. 22 tem também em vista, além dos enfermos mentais, os indivíduos de desenvolvimento mental retardado ou incompleto que não sejam propriamente alienados. Assim, alcança os selvícolas. O indígena pode cometer crime em consequência do seu incompleto ou retardado desenvolvimento mental, embora não seja um doente. Os delitos que venha a praticar explicam-se, freqüentemente, pelo *deficit* do seu desenvolvimento mental, reduzido como se acha ele à incapacidade de entender o caráter criminoso do acontecimento ou de determinar-se de conformidade com o entendimento acaso nebulosamente existente.

O alto grau de inserção dos povos indígenas em nossa sociedade tem enfraquecido cada vez mais a idéia de que seus membros sejam, *a priori*, inimputáveis. Na atual doutrina, prevalece a regra de que se presume a sua imputabilidade, salvo casos de absoluto isolamento social. Mas, sobretudo no contexto latino-americano, em que a presença desses povos continua significativa, o problema da imputabilidade dos membros de tais comunidades permanece em pauta. Zaffaroni reconhece a inimputabilidade daqueles que, por pertencerem a culturas distintas, não tiveram a oportunidade de internalização dos valores assimilados pelo direito penal oficial e afirma que o limite entre imputabilidade e inimputabilidade em casos tais deve ser flexível, reconhecida sempre a dignidade e autonomia éticas de tais povos (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2004: 613).

Tal seja a deficiência das suas aquisições éticas, também podem ser compreendidos nessa disposição os surdos-mudos. Quanto a estes, havia, no Código de 90, um dispositivo que os declarava inimputáveis quando tivessem agido sem discernimento, por não terem recebido educação e instrução. O atual diploma legal [1940] não faz referência especial a eles, que, todavia, podem ser incluídos no art. 22. O surdo-mudo, hoje, com certa facilidade recebe instrução e passa a possuir discernimento, embora não se possa equiparar ao homem normal. Incapaz de falar porque é incapaz de ouvir, jamais a sua compreensão dos ordenamentos éticos da existência e da própria materialidade objetiva dos fatos será perfeita. Quando não seja incluída no art. 22, *caput*, a sua conduta criminosa por vezes será apreciada através do parágrafo único desse artigo, que cogita dos casos de transição entre a imputabilidade e a inimputabilidade completas. Mas também pode acontecer que um desses infelizes seja de todo inimputável. É preciso que peritos o examinem e informem quanto à sua situação espiritual.²⁸

O elevado grau de inserção dos surdos-mudos na sociedade contemporânea não aconselha que sejam eles tratados de maneira diversa das demais pessoas no que tange à sua imputabilidade. Não há, hoje, razão que leve a presumi-los incapazes de compreender os ordenamentos éticos de seu entorno. Ademais, não há, na Parte Geral de 1984, qualquer

Com maior clareza, porém, do que ao surdo-mudo e ao selvagem, a cláusula — desenvolvimento mental incompleto ou retardado — alude aos oligofrênicos de toda espécie: idiotas, imbecis e débeis mentais, de acentuada debilidade. Psiquiatras houve que, após a promulgação do Código Penal, afirmaram desnecessárias aquelas palavras do texto legal, por lhes parecer que as manifestações oligofrênicas, caracterizadas pela profunda deficiência psíquica, constituem enfermidades mentais — já previstas pelo art. 22 ao falar em doença mental. Mas o codificador atendeu às ponderações de outros alienistas que não incluem a oligofrenia entre as modalidades nitidamente patológicas.

Parte Geral de 1984, art. 26

Estabelecendo como regra, sujeita a exceções, a irresponsabilidade dos enfermos ou deficientes mentais, o Código Penal, entretanto, não desampara a defesa social. Bem ao contrário. Os anômalos abrangidos na letra do art. 22 são, quase sempre, indivíduos perigosíssimos, cuja anormalidade os conduz a praticar atos atentatórios à segurança dos cidadãos. Era evidentemente indispensável houvesse no Código disposições destinadas a preservar a sociedade contra a ação desses anormais. É exatamente o de que cogita o instituto das medidas de segurança. Em parte essas medidas se destinam aos irresponsáveis. Diversas disposições aplicam-se aos insanos mentais, no capítulo das medidas de segurança. Em resumo, pode-se dizer que sempre que alguém for declarado irresponsável, por força do art. 22, será internado em manicômio judiciário, estabelecimento do qual não sairá antes de se comprovar a cessação da periculosidade. É o que expressa o art. 81: “Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso”. É medida de segurança pessoal detentiva, estabelecida com um mínimo legal de duração — proporcional à pena que, em abstrato, caberia ao crime pelo qual responderia o agente, se fosse responsável. Terminado esse lapso de tempo, é o enfermo submetido a exame pericial. Será posto em liberdade, se se apurar haver cessado a sua periculosidade. Caso contrário, continuará segregado no manicômio, passando a ser submetido periodicamente a novos exames — e só quando desaparecer a sua periculosidade, de acordo com a afirmação dos peritos, é que será restituído à liberdade. Assim mesmo, permanecerá durante um ano, pelo menos, sujeito a outra medida de segurança: a liberdade vigiada. Se então se verificar que ainda não está em condições de viver livremente, será recambiado ao manicômio.

O prazo das medidas de segurança é tratado no art. 97, § 1.º, do estatuto em vigor, que estatui não cessará a medida “enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade”. A exceção fica por conta da conversão de pena privativa de liberdade em medida de segurança no curso da execução penal (Código Penal, art. 41): nestes casos, a duração da medida não poderá exceder a da pena privativa de liberdade originalmente aplicada (ver Capítulo XVII). Vale mencionar que tampouco persiste a pena de liberdade vigiada com prazo mínimo. Tudo isso será visto oportunamente nos Capítulos XII e XVII, referentes à pena e à medida de segurança.

111 — O parágrafo único do art. 22 encara um dos problemas mais discutidos no Direito Penal: o da imputabilidade restrita.²⁹ Muito se tem controvertido, não só entre os penalistas como entre os psiquiatras, sobre a existência de uma responsabilidade incompleta, correspondente a um grau reduzido de anormalidade psíquica. A natureza não faz saltos: não se podem supor unicamente dois tipos de indivíduos — são de espírito e insanos. Há, entre uns e outros, graus intermediários. Surge, daí, a questão de saber se esses anômalos — que têm, entretanto, entendimento e praticam, por vezes, atos delituosos — devem ser considerados integralmente responsáveis ou irresponsáveis. Alguns escritores opinam que a sua responsabilidade é integral. Outros lhes afirmam a irresponsabilidade. GRASSET, famoso psiquiatra, escreveu, por volta de 1907, um livro cujo título é o próprio enunciado da tese: *Demi-fous et demi-responsables*. Sustentava a existência de uma imputabilidade restrita, propondo que fossem os anormais desse gênero submetidos a pena e medidas de proteção.

É, de maneira modernizada, a solução do atual Código [1940]. Considera-se no art. 22, parágrafo único, passível de punição o indivíduo de imputabilidade restrita, ao mesmo passo que se lhe impõe medida de segurança. Assim diz essa disposição: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Estabelece-se, de modo facultativo, a critério do magistrado, intensa redução da pena.

Parte Geral de 1984, art. 26

semi-imputabilidade, que se dá quando o agente não tem totalmente eliminada, mas apenas diminuída, sua capacidade de juízo ou auto-determinação. É o que estatui o parágrafo único do art. 26:

A pena pode ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de determinar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De acordo com o art. 98 do Código, se o semi-imputável necessitar de especial tratamento curativo, a pena aplicada poderá ser substituída por medida de segurança.

O dispositivo é quase a tradução do preceito regulador da matéria no Código suíço. A orientação aceita em nosso meio não está, pois, isolada. Adotam-na estatutos de feitura moderna e cuidadosa, se bem que alguns tenham preferido cogitar somente de medidas de segurança para esses indivíduos fronteiriços, como são chamados, ou personalidades psicopáticas. Nessa ordem de idéias, o 6.º Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Roma em setembro de 1953, recomendou às legislações o tratamento unitário, evitada a superposição dos regimes repressivo e curativo.

O art. 26 do Código vigente optou por manter quase a mesma redação do Código de 1940. A única alteração foi a substituição da expressão “caráter criminoso do fato” por “caráter *ilícito* do fato”. A diferença visceral em relação ao Código anterior diz respeito à extinção do sistema do duplo binário, ou do duplo trilho. Segundo o modelo atual, ao semi-imputável não mais se aplica pena em conjunto com medida de segurança, como acontecia sob a vigência do estatuto anterior. “A Reforma da Parte Geral estabeleceu o sistema vicariante, pelo qual ao semi-imputável aplica-se pena ou medida de segurança, cabendo ao juiz escolher a sanção mais condizente com o réu” (REALE JR., 2002: 212).

Observando, porém, a realidade prática, no ambiente em que vivemos, pensamos que só com as medidas de segurança a sociedade não estaria suficientemente defendida. Parece necessário que se fixem penas para esses anormais, que agem com certo discernimento, o qual variará segundo as hipóteses, e nem sempre poderá ser bem apreciado. É relevante considerar que eles se acham integrados à coletividade, mal se notando, por vezes, a sua anomalia. Muitos não

teriam motivo declarado para estar nos institutos de ação terapêutica, que os não receberiam ou os conservariam efemeramente.

Confundidos com os homens inteiramente sãos de espírito, na vida social, não devem ser havidos como irresponsáveis. A eficácia do Direito Penal periclitaria se lhes fosse atribuída impunidade absoluta. É preciso que se exerça, na sua plenitude, a força coativa da lei penal, aplicando-se pena sempre que há entendimento e vontade por parte do autor do fato objetivamente criminoso. Como esses anormais dispõem de entendimento e vontade, embora reduzidamente, são intimidáveis — e um dos escopos da pena é precisamente a intimidação. Outra finalidade é a correção, e ninguém tem dúvida de que não estão os fronteiriços afastados da possibilidade de readaptação, de se tornarem menos ofensivos, o que se pode conseguir pela via repressiva.

Todos nós temos experiência acerca de anormais que conhecemos, indivíduos que, apesar dos desvios que apresentam, se vão tornando melhores, por efeito das vicissitudes por que passam, das provações que sofrem. Se assim é, devem ser eles suscetíveis também de melhoria em consequência das penas que o Estado lhes inflija.

Num plano ideal, em que, abolido o convencionalismo de certas distinções, se operasse a fusão dos dois grupos de meios preservadores da comunidade (pena e medida de segurança), é claro que seria solução excelente aplicar-lhes uma só providência, ao mesmo tempo segregatória e assistencial. Isso, todavia, ainda não é possível, pelo menos no Brasil, e bem o mostra a circunstância de que, volvidos três lustros após o advento do Código Penal, só então é que o Estado de São Paulo, primeiro entre as unidades da Federação nessa retardadíssima iniciativa, começou a instalar o estabelecimento delineado em lei para a internação dos criminosos de personalidade psicopática. Ficaria desguarnecida a tranqüilidade coletiva se não os alcançasse a pena.

Atualmente, a Secretaria de Segurança Pública de São Paulo informa que há duas unidades destinadas ao cumprimento de medida de segurança em regime de internação: os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico Professor André Teixeira da Lima, em Franco da Rocha, e Dr. Arnaldo Amado Ferreira, em Taubaté.

A respeito da medida de segurança legalmente prevista, salientamos que os semi-enfermos da mente devem ser remetidos para a casa de custódia e tratamento, diferente do manicômio judiciário e ainda em expectativa paciente na grande maioria dos tribunais brasileiros, que aguardam a readaptação material imprescindível à execução do estatuto de 1940.

Consoante a lei, primeiramente o anômalo de imputabilidade restrita cumpre a pena; em seguida, é remetido para a casa de custódia e tratamento, e aí permanece, de acordo com o art. 81, até que cesse a sua periculosidade. Haverá um mínimo de

permanência, proporcional ao tempo da pena. Terminado esse lapso mínimo, é submetido a exame psíquico — e então se verifica se está em condições de ser devolvido à liberdade. Se se concluir que ainda não está em condições, passará a ser anualmente reexaminado, até chegar-se à possibilidade de reintegrá-lo no convívio social.

Conforme já foi dito, não mais subsiste possibilidade de aplicação de pena cumulativamente com medida de segurança. Desde a reforma de 1984, o Código obriga o juiz a, ao sentenciar semi-imputável, escolher a resposta penal mais adequada ao caso — pena diminuída ou medida de segurança —, sendo vedada a cumulação de ambas. De acordo com o Código de 1984, deve o juiz, ao condenar um semi-imputável, escolher um dos gêneros de resposta penal — pena privativa de liberdade ou medida de segurança. O local de cumprimento respectivo dependerá, naturalmente, da escolha feita pelo juiz: se optar pela pena, esta será cumprida em penitenciária (regime fechado), colônia agrícola, industrial ou similar (regime semi-aberto) ou casa do albergado (regime aberto), podendo esta ainda ter a sua execução suspensa, pelo chamado *sursis*; se optar por medida de segurança, esta será cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (internação) ou em local apropriado para tratamento ambulatorial.

De acordo com Reale Jr., a mudança objetivou reparar situações de notória injustiça para com o condenado semi-imputável, que dificilmente conseguia cumprir satisfatoriamente as duas espécies de resposta penal acumuladas: “se cumpria antes medida de segurança curativa, depois desperdiçaria o tratamento com o aprisionamento; se cumpria antes a pena, a periculosidade existente só se agravaria no meio prisional, tornando mais difícil o tratamento posterior” (2002: 212).

O debate sobre a imputabilidade reduzida amainou com o aparecimento do instituto das medidas de segurança. A periculosidade dos fronteirços, que freqüentemente se revela das mais pronunciadas e é mesmo presumida pelo nosso Código (art. 78, n.º II), fazia reear a diminuição das penas em relação a eles, o que poderia desamparar a defesa social. O cabimento da internação complementar, por tempo indeterminado, em instituto de cura, restringiu esse perigo.

Na sistemática do Código de 1984, a medida de segurança só se impõe mediante constatação de inimputabilidade do agente. Dessa forma, segundo Reale Jr., não mais se permite ao juiz que faça qualquer juízo probabilístico de agente inimputável repetir a prática de delito: não há prognóstico, mas “tão-só um

diagnóstico da doença mental no momento da ação que exige a medida terapêutica de internação em hospital psiquiátrico ou tratamento ambulatorial” (2003: 169). A inimputabilidade deve ser constatada mediante perícia, não se admitindo que seja ela presumida a partir do delito praticado pelo agente, de forma que desaparecem as medidas de segurança impostas por presunção de periculosidade, como havia no Código anterior, a não ser que se considere presumida a periculosidade do inimputável, como aponta Nucci (2006: 523).

112 — O art. 23 do Código dispõe a respeito da situação dos menores de 18 anos perante o Direito repressivo.

Parte Geral de 1984, art. 27 Constituição de 1988, art. 228

Tal preceito põe em foco o problema das infrações à lei penal cometidas por adolescentes e mesmo crianças. Desde o Código de 1890, a matéria vem passando por uma constante evolução. Naquele velho estatuto, consideravam-se os limites de 9 e 14 anos. Até aos 9 anos era incontestes a irresponsabilidade do menor infrator. Entre os 9 e os 14, deveria o juiz verificar, a propósito de acusação de crime, se o menor havia procedido com discernimento. A sua aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir ele relativa lucidez para orientar-se em face das alternativas do justo e do injusto, da moralidade e da imoralidade, do lícito e do ilícito, conduziria o magistrado a responsabilizá-lo penalmente, considerando-o criminoso. Das mais difíceis, contudo, era a verificação, e quase invariavelmente se resolvia a dúvida em favor do menor, proclamando-se-lhe a ausência de discernimento.

Esse método, hoje inconcebível, de enfrentar tão delicado assunto, compreende-se que tenha sido esposado por um Código do século transato, pertencente a uma época em que apenas se esboçava a orientação, ora dominante, de cuidar dos menores com o propósito de ampará-los e protegê-los amplamente, banindo-se, em relação a eles, todo resquício das tendências vingativas e expiacionistas do Direito Penal. Só em 1889 apareceu no mundo o primeiro tribunal para menores. Foi nos Estados Unidos, que ainda hoje conservam a sua vanguarda de progresso nesse terreno. Lá se criaram os mais interessantes tipos de institutos destinados a sanar os males do abandono e da criminalidade na infância e na juventude.

Em acolhida às novas tendências, várias leis foram a pouco e pouco surgindo em nosso país, e vieram a constituir, em 1927, a consolidação denominada Código de Menores. A sistematização desse corpo de leis foi orientada por um espírito de escol: o juiz de menores MELO MATOS, do então Distrito Federal.

Esse Código, que enfeixava disposições dos mais variados assuntos — todas, porém, com o fim de regular a assistência aos menores, especialmente os abandonados e delinquentes — dispôs, quanto a infrações à lei penal, sobre a

situação dos que não houvessem atingido os 18 anos. Entre os 18 completos e os 21, o menor seria alcançado pelo Código Penal de 1890, como continua a ser alcançado pelo Código Penal de 1940, que o pune, embora atenuadamente. A menoridade é e sempre foi circunstância atenuante (confira-se o art. 48, I, do atual Código Penal).

Parte Geral de 1984, art. 65, n.º I

Nesse Código de Menores, consignavam-se três limites de idade: 14, 16 e 18 anos. Até aos 14, o menor era irresponsável, não podendo ficar sujeito a medida alguma de natureza penal. Entre os 14 e os 16, no caso de infração à lei penal, o menor era ainda irresponsável, mas organizava-se processo para apurar o fato, em consequência do qual se poderiam impor medidas de assistência, por vezes acarretando cerceamento à liberdade. Nunca, porém, se aplicariam penas, propriamente ditas. Entre os 16 e os 18 anos, o menor poderia ser considerado responsável, sofrendo, então, penas previstas no Código Penal, com a redução de um terço na duração das privativas de liberdade cabíveis ao adulto. A prisão seria cumprida em estabelecimento especial ou em seção especial de presídio comum, devendo o menor ficar separado dos delinquentes de maior idade.

No atual Código Penal [1940], estatui o art. 23: “Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Esse dispositivo tornou inadiável um reajustamento da legislação.

Parte Geral de 1984, art. 27

Do trabalho de harmonização dos textos foi incumbida uma comissão de juristas, na sua maioria do Rio de Janeiro, e da qual fez parte o professor NOÉ AZEVEDO, da Faculdade de Direito de São Paulo. A comissão antecipou as medidas de maior necessidade, elaborando o anteprojeto de uma lei de emergência, o Decreto-lei n.º 6.026, de 24 de novembro de 1943, cuja absorção por um estatuto definitivo durante longo tempo se esperou. O seu sistema foi, após muitos anos, modificado pela Lei. n.º 5.258, de 10 de abril de 1967.

Pelo Decreto-lei n.º 6.026, os menores infratores até aos 18 anos se agrupavam em duas categorias com a idade limite de 14 anos, após a qual, quando no entender do magistrado estivesse positivada a periculosidade do menor que praticasse ato enquadrado como crime na legislação comum, seria obrigatório o seu internamento, cuja cessação se condicionaria ao desaparecimento da periculosidade. Se não cessasse ao terminar a menoridade, o paciente seria transferido para colônia agrícola ou análogo instituto de medida de segurança aplicável a adultos. O menor já com 14 anos não perigoso poderia ser deixado com o pai ou entregue à guarda de pessoa responsável, podendo ainda ser internado em instituto de reeducação, sem prefixação de tempo. Prevvia-se também a hipótese excepcional de ser conveniente a

internação do menor, com menos de 18 anos, em seção especial de estabelecimento reservado a adultos, quando o aconselhasse a sua periculosidade.

A Lei n.º 5.258, de 10 de abril de 1967, sem revogar aquele decreto-lei, transformou fundamentalmente a atitude da Justiça de menores, a qual retrocedeu a um mecanismo punitivo que já fora superado.

A idade limite continuou a ser a de 14 anos. Se o menor que completou essa idade praticasse fato capitulado como crime passível de pena de reclusão, seria *obrigatoriamente* internado. O juiz fixaria o prazo mínimo de internação entre os extremos quantitativos da pena cominada na legislação penal comum, reduzidos de dois terços. Para cessar a internação, era preciso que decorresse o prazo mínimo e se procedesse a exame pericial na pessoa do menor, verificando-se ausência de periculosidade. A lei permitiu ainda, “em casos excepcionais de cessação da periculosidade”, o desinternamento do menor após metade da duração mínima do prazo, deixando-o sujeito a vigilância.

Sendo acentuada a periculosidade ou inexistindo estabelecimento adequado, a internação se faria em seção especial de estabelecimento destinado a adultos. Completada a idade de 21 anos sem que houvesse cessado a periculosidade, o paciente seria internado em colônia agrícola ou instituto equivalente, como medida de segurança regulada no Direito Penal dos adultos.

Se o menor que completou 14 anos praticasse fato capitulado como infração penal suscetível de pena que não fosse reclusão (detenção, por exemplo), e se fosse moralmente abandonado, pervertido ou em perigo de o ser, o juiz poderia fazê-lo internar em estabelecimento adequado, por seis meses no mínimo e, no máximo, até atingir 21 anos. A providência era, pois, facultativa. Nesse caso, também poderia entregar o menor à sua família ou outra, idônea, determinando condições e ficando ressalvada a possibilidade de internação, se se mostrasse necessária.

O critério dessa lei era essencialmente punitivo, no tocante aos fatos capitulados como crimes sujeitos a reclusão, já que o internamento era obrigatório, desde que o menor fosse considerado culpado. E notava-se uma incoerência: em tese, era possível fazer internar por tempo mais prolongado (até se completarem os 21 anos) o autor de infração de importância inferior, passível, consoante o Direito Penal dos adultos, de detenção e não de reclusão.

Exagerando no afã repressivo, determinou essa lei que na aplicação da pena ao delinqüente adulto, consoante o Código Penal, se levassem em conta os antecedentes do réu ao tempo em que ainda não contava 18 anos.

Em face das críticas que suscitou, a Lei n.º 5.258, de 1967, foi seguida pela Lei n.º 5.439, de 22 de maio de 1968, que profundamente modificou o diploma legal precedente [1890], retornando, praticamente, ao mecanismo do Decreto-lei n.º 6.026, de 1943.

Temos agora um novo Código de Menores. Consubstancia-se na Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979. Conta 123 artigos, dos quais no presente tópico nos interessam os que concernem à situação do menor infrator (arts. 99 a 103).

adolescentes, bem como as medidas sócio-educativas a eles aplicáveis, são hoje previstos no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA, Lei n.º 8.069/90). Explicações mais detalhadas sobre o ECA e seu procedimento são feitas na nota de atualização ao final deste parágrafo 112.

Se o menor de 18 anos for maior de 14, há um procedimento previsto para apurar-se a infração, com atos que o art. 100 indica. Em audiência, o menor será ouvido pelo juiz, na presença do seu advogado e do representante do Ministério Público, ouvindo-se também a vítima e testemunhas, além dos pais do menor ou responsável.

ECA, art. 152

Se, por um lado, o juiz poderá, após o parecer do Ministério Público, proferir decisão de plano, entregando o menor aos pais ou responsável (art. 100, n.º IV), de outro lado “se ficar evidente que o fato é grave, a autoridade judiciária fixará prazo, nunca superior a trinta dias, para diligências e para que a equipe interprofissional apresente relatório do estudo do caso” (n.º V).

Durante esse prazo, o menor ficará em observação, “permanecendo ou não internado” (n.º VI). Após manifestarem-se o representante do Ministério Público e o advogado do menor, o juiz proferirá a sua fundamentada decisão (n.º VIII).

ECA, art. 108

Quanto ao menor de mais de 10 e menos de 14 anos, dispensam-se as formalidades do procedimento mencionado: ouvido o representante do Ministério Público, o juiz poderá proferir, motivadamente, decisão de plano, definindo a situação irregular do menor (art. 101, parágrafo único).

ECA, art. 101

No tocante ao menor até 10 anos, o juiz poderá determinar que venha à sua presença para entrevista, ou que seja ouvido e orientado por técnico (art. 102).

O Código especifica no art. 14 as medidas que o juiz poderá aplicar ao menor: advertência; entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; colocação em lar substituto; imposição do regime de liberdade assistida; colocação em casa de semi-liberdade; internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro

adequado.

ECA, art. 112 e incisos

A respeito de tais medidas dispõe o art. 15 que o juiz poderá cumulá-las ou substituí-las a qualquer tempo.

ECA, arts. 99 e 113

Para a execução de qualquer delas, o juiz poderá determinar a apreensão do menor (art. 16).

ECA, art. 121 e 122

Entre as mais importantes está a internação, sobre a qual se firmam os seguintes pontos:

a) É por tempo indeterminado e cessará quando o juiz determine o “desligamento” (art. 41).

b) O menor internado será reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos, para verificação da necessidade de manutenção da medida (art. 41, § 1.º).

c) Excepcionalmente, à falta de estabelecimento adequado para a internação, esta poderá ser feita em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade (art. 41, § 2.º).

d) Se o menor completar 21 anos sem que tenha cessado a internação, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais (art. 41, § 3.º).

e) Nesse caso, o paciente, já então maior, será removido para estabelecimento adequado e ali permanecerá até que o juiz incumbido das Execuções Penais “julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal” (art. 41, § 4.º).

Aí está uma norma rigorosa, que já vem do Direito anterior. Sua necessidade é indiscutível, ante a existência de menores cuja acentuada periculosidade se mostra rebelde com o passar dos anos de internamento.

Mas, precipuamente, a Justiça de menores deve ter um cunho paternal. A sua missão é proteger — e não perseguir e ferir. Compete-lhe tentar reerguer o menor transviado, evitando que os desvios, por vezes transitórios, da sua conduta, nem sempre indicativos de verdadeira propensão delitual, lhe acarretem a permanente deformação de caráter que alimenta a criminalidade. Por isso costumam determinar

as disposições legais que o juiz estude a personalidade do menor, sobretudo no seu ambiente familiar e social, mandando proceder a perícias e inquéritos necessários à individualização do tratamento e da educação.

ECA, art. 123

O menor infrator — bem como, comumente, o menor abandonado — precisa, na verdade, de tratamento e educação. Toda a atividade a ser realizada pela Justiça de menores pode sintetizar-se nisto: cura e pedagogia corretiva.

O aparelhamento de que necessita é complexo. E nada lhe é tão indispensável como um funcionalismo escrupulosamente arregimentado para o exercício da eficaz ação educativa. O menor é uma espécie de massa plástica, a ser modelada — para o bem ou para o mal. Não basta que os chefes do serviço de menores estejam à altura dos seus cargos. Os mais humildes vigilantes precisam ser escolhidos através de paciente seleção.

Farta literatura se ocupa com o problema da chamada criminalidade infantil e juvenil.³⁰ E uma das suas preocupações modernas é condenar essa expressão criminalidade infantil e juvenil. Para se evitarem confusões nocivas com os métodos penais adotados em relação aos delinquentes adultos, quer-se que na Justiça de menores não tenham guarida nem mesmo as designações habitualmente usadas na Justiça dos maiores. O Decreto-lei n.º 6.026, de 1943, proscreeu as palavras — crime, delito, dizendo sempre infração. Pena não existiria, e mesmo a sentença, podendo trazer à mente os rigores do julgamento repressivo, teria o nome de decisão.

Das decisões do juiz de menores o que caberia não se chamava recurso, e sim pedido de reexame. O reexame seria efetuado pelo Conselho Superior da Magistratura, composto, em nosso Estado, dos Desembargadores Presidente e Vice-presidente do Tribunal de Justiça e do Corregedor Geral da Justiça.

O Código de Menores de 1979 segue a mesma trilha a respeito da terminologia, em linhas gerais, pois usa a palavra recurso.

ECA, art. 198

Por todo o exposto, o problema dos menores está situado à margem do Direito Penal. Mas neste tem de ser mencionado, porque a imaturidade é causa de isenção de pena.

Como bem se percebe, o método bio-psicológico, a que aludimos ao apreciar o art. 22, encontra aqui uma exceção: o menor de 18 anos é inimputável e irresponsável, por absoluta presunção legal, afastadas quaisquer indagações sobre o nexos que o delito possa ter com o seu efetivo desenvolvimento espiritual. Neste passo, domina o critério biológico.

Desde 1990, vige o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90). Essa lei, que regula em amplo espectro os direitos de crianças e adolescentes, pretendeu reformular inteiramente as bases sobre as quais estavam assentadas até então as regras penais aplicáveis aos menores de 18 anos. De tão grande a reformulação, nem mesmo a terminologia anterior pode ser aproveitada: não se fala mais em “menor infrator”, mas, sim, em “adolescente em conflito com a lei”; não se fala mais em crime, mas, sim, em “ato infracional”; e não se fala mais em pena, mas, sim, em “medida sócio-educativa”. Longe de ser mero preciosismo terminológico, o novo vocabulário penal infanto-juvenil serve para demonstrar o quão grande pretenderam ser as mudanças implementadas pelo Estatuto, já que este repele os principais elementos do direito punitivo menorista anterior (o menor, o crime e a pena).

A mudança, contudo, não pode ser interpretada ingênua ou superficialmente. O seu objetivo foi criar um sistema de justiça infanto-juvenil que dê aos casos submetidos a seu crivo soluções mais apropriadas das que teriam se julgados de acordo com as regras do direito penal tradicional, mas isso não quer dizer que nada do direito penal tradicional se aproveite em casos de atos infracionais. Ao contrário, aquilo que, no direito penal comum, concorrer para esse objetivo deverá ser aproveitado. Pensamos aqui, sobretudo, nas garantias referentes às regras de imputação (teoria geral do delito), ao estabelecimento e execução de respostas penais (teoria geral da pena), e às formas processuais e procedimentais respectivas, naquilo que, evidentemente, forem compatíveis com o ECA. Vale dizer: ainda que os menores de 18 anos não se submetam a um sistema penal idêntico ao dos adultos, isso não impede que lhes sejam asseguradas as mesmas garantias destes últimos. Para destacar esse aspecto garantista do sistema sócio-educativo previsto pelo ECA, há quem proponha o reconhecimento de um direito penal juvenil (SPOSATO, 2003), que difere do direito penal comum quanto às estratégias de punição e tratamento, mas assemelha-se a ele no tocante aos direitos e garantias.

O ECA diferencia entre criança e adolescente: considera-se criança a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade (art. 2.º). De acordo com o art. 105 do ECA, às crianças, em caso de prática de ato infracional, aplicar-se-ão medidas de proteção (art. 101); os maiores de 12 e menores de 18 anos serão processados e, se julgados responsáveis pela prática de ato infracional, receberão uma das medidas sócio-educativas previstas no art. 112 do ECA. Em primeiro grau, o procedimento a ser observado na apuração

de prática de ato infracional é o do Código de Processo Penal, de acordo com o art. 152 do ECA. A exceção a essa regra geral é dada pelo art. 108 do Estatuto, que limita a 45 dias o tempo em que o adolescente poderá permanecer cautelarmente internado.

Como o ECA manda aplicar o regramento processual pertinente à matéria tratada (art. 152), entende-se pacificamente que, em primeiro grau, as regras do Código de Processo Penal devem ser observadas nos processos de atos infracionais. Assim, não há que se falar em decisão proferida de plano no sistema atual, já que inexistente tal figura no direito processual penal pátrio; poderá haver, isto sim, não-recebimento da representação, o que não se confunde com o julgamento antecipado da matéria.

Permeia o ECA o espírito de que a internação é medida de exceção, e deverá ser evitada tanto quanto possível, dados os conhecidos efeitos deletérios que tem sobre a personalidade do adolescente em formação. É o que diz o art. 108, parágrafo único, que, além de limitar temporalmente a medida cautelar em 45 dias, estabelece que esta só poderá ser aplicada se “demonstrada a necessidade imperiosa da medida”.

O menor de 14 anos é, para o ECA, criança, e a ele não se aplicam medidas sócio-educativas, mas apenas medidas de proteção, previstas no art. 101 do Estatuto. Para os menores de 12 anos, o ECA prevê um procedimento administrativo perante os Conselhos Tutelares, órgãos comunitários cujos membros são escolhidos por eleição.

As medidas sócio-educativas, aplicáveis a adolescentes (maiores de 14 anos), vêm previstas no art. 112 e seus incisos. São elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semi-liberdade e internação em estabelecimento educacional. De acordo com o ECA, a imposição de qualquer dessas medidas, com exceção da advertência, reclama provas suficientes da autoria e materialidade da infração (art. 114). É de se destacar que, desse rol, a medida de internação, por sua gravidade inerente, tem natureza excepcional, e deve ser aplicada apenas em casos extremos, quando assim aconselharem as características do adolescente, bem como a natureza e gravidade do ato infracional. Explícito nesse sentido é o § 2.º do art. 122 do Estatuto, que reza: “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

No que tange à aplicação das medidas, o art. 113 do ECA remete ao art. 99 do mesmo diploma legal, que, tratando das medidas protetivas, autoriza que sejam elas aplicadas isolada ou cumulativamente.

A medida de internação é prevista no art. 121 do ECA, segundo o qual regem-na os princípios de “brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. A internação não tem prazo determinado,

devendo sua manutenção ser reavaliada no máximo a cada seis meses (§ 2.º); em hipótese alguma poderá o prazo total de internação ultrapassar três anos (§ 3.º), e a liberação será compulsória aos 21 anos de idade (§ 5.º).

A internação só pode ser aplicada em casos de atos infracionais cometidos contra violência ou grave ameaça à pessoa (art. 122, inc. I), o que exclui seu cabimento em casos que, não obstante sejam tidos pela legislação e senso comum como graves, não apresentem tais elementos indispensáveis, como é o caso de atos infracionais equiparados à receptação ou ao tráfico ilícito de entorpecentes. Contudo, a despeito da claridade do Estatuto, a jurisprudência não é pacífica nesse sentido, e muitos juízes vêm aplicando a medida de internação em tais hipóteses, em flagrante desrespeito à lei (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n.º 50.457-0/6-00). No entanto, em sentido contrário, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal recentemente abriu precedente que pode inverter essa tendência, ao decidir que a gravidade da conduta não autoriza, de *per si*, a medida de internação, sendo necessária, para sua cominação, tratar-se de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça (*Habeas Corpus* n.º 88.748/SP). Completados 21 anos, a liberação do internado será compulsória (art. 121, § 5.º).

O art. 123 do ECA manda que seja a medida cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, observada a separação dos internos por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

O Estatuto em vigor procurou imprimir outra lógica às respostas aos atos infracionais praticados por adolescentes. Contudo, é importante reiterar que aqueles que reclamam o reconhecimento da existência de um verdadeiro direito penal juvenil fazem-no não por anseio punitivo em relação ao jovem, mas, bem ao contrário, para garantir-lhes todos os direitos inerentes ao direito penal em sentido estrito, favorecendo assim o desenvolvimento de um sistema dotado de regras de imputação, reeducação e processo justas e conformes à Constituição.

A disciplina recursal é uma das grandes incongruências do ECA, que mandou, de um lado, observar as regras processuais pertinentes (art. 152) — bem entendido, regras de processo penal caso se trate de julgamento de ato infracional equiparado a crime — e, ao mesmo tempo, aplicar em matéria recursal, indistintamente, as regras do direito processual civil, inclusive o recebimento da apelação apenas em efeito devolutivo (art. 198, inc. VI). Na prática, a expressa proscrição do efeito suspensivo nas apelações tem levado a gritantes e reiterados desrespeitos ao princípio constitucional da presunção de inocência: no Estado de São Paulo, por exemplo, são praticamente inúteis os recursos

defensivos em matéria infracional, pois frequentemente o adolescente já cumpriu a medida imposta quando seu apelo é finalmente apreciado pelo Tribunal. O dispositivo citado, que obviamente não tem qualquer cabimento em matéria criminal, é aplicado sem maiores constrangimentos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, gerando compreensível revolta nos que militam na defesa de adolescentes em conflito com a lei (DITTICIO; SPOSATO, 2004).

O ECA utiliza-se exatamente da terminologia do Código de Processo Civil, citando expressamente alguns dos recursos lá previstos: apelação, o agravo de instrumento e os embargos de declaração.

113 — O art. 24 preceitua que não excluem a responsabilidade penal a emoção ou a paixão. Esse dispositivo, embora útil à clareza, não seria imprescindível. É evidente, pelas normas legais já vistas, que a emoção e a paixão não podem excluir a responsabilidade. O sistema adotado pelo Código no tocante à responsabilidade é o mais rigoroso. Exige-se, para que alguém seja declarado inimputável, que se revele portador de enfermidade ou deficiência mental tão acentuada, que o torne em condições de não entender o caráter delituoso do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 22), e a paixão, em pessoa normal, jamais poderia produzir completa derrocada mental. O mesmo cabe dizer da emoção. Dispensável por esse motivo, não deixou, entretanto, a disposição de ter alguma conveniência, especialmente no seu efeito educativo, de advertência, indicando de forma nítida a propensão do Direito repressivo a assegurar, no máximo possível, a defesa social.

Parte Geral de 1984, arts. 26 e 28, n.º I

A paixão sempre foi explorada, durante a vigência do antigo Código Penal [1890], como escapatória de delinqüentes. Criminosos temíveis logravam eximir-se a merecidas sanções, inculcando-se perturbados nas suas faculdades psíquicas por uma obsessão passional. Não resta dúvida de que em certos casos se encontram pessoas dominadas por forte paixão de caráter patológico. Mas, em tais hipóteses, não é a paixão em si, e sim a enfermidade — desencadeada por aquela em concorrência com outras causas — que deve ser considerada. Naturalmente, o ímpeto avassalador de sentimentos profundos, atuando num organismo predisposto, pode determinar uma psicose.

COGLIOLO já havia observado que incluir a paixão entre as causas de exclusão de pena o mesmo seria que proclamar a bancarrota do mecanismo repressivo, porque sem paixão não existe crime. E sem os crimes — juntava ironicamente — seriam inúteis os códigos. Realmente, percebe-se a existência necessária de paixões em grande número de modalidades delituosas que, no entanto, ninguém imaginou isentar de penas. O ladrão, impelido, pelos seus hábitos viciosos, ao roubo, é muita vez influenciado por uma verdadeira paixão. E se isso se pode dizer do larápio, que

ninguém jamais concebeu livrar de pena pela escusa da paixão, poder-se-á também asseverar dos indivíduos que praticam crimes de natureza sexual, movidos por paixões inferiores, abjetas. É que predomina, mesmo para aqueles que conferem certa eficácia à paixão, a idéia de que o que em verdade pode contribuir para a diminuição da pena é a natureza dos motivos determinantes.

Verifica-se, por vezes, que, em crimes em que se dá a intercorrência da paixão, esta se acha ligada a motivos de natureza social, que — estes, sim — devem ter influência na diminuição da pena. Daí a importância da divisão das paixões em sociais e anti-sociais, recomendada especialmente pelos escritores de tendências positivistas, no desejo de acentuar que só as paixões sociais podem criar uma situação de certa benevolência para com o autor do crime.

A regra do art. 24 é inspirada no Código Penal italiano, que preceitua: “Os estados emotivos e passionais não excluem nem diminuem a imputabilidade”. A nossa lei, porém, quedou-se na palavra — excluir. Realmente, seria excessivo rigor pretender que os estados passionais não tivessem nem o poder de diminuir a pena, através da avaliação subjetiva da conduta, e o nosso Código expressamente dispôs a esse respeito, criando figuras em que há sensível atenuação penal sob a égide da emoção ou paixão — ligada, porém, a outros fatores. Assim, estabelece o art. 121, referente ao homicídio, no § 1.º: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. Vê-se, entretanto, que não é tão-somente a violenta emoção (equiparável à paixão) que determina o abrandamento da pena, porque nessa hipótese se imagina a violenta emoção conjugada com outro elemento — a provocação injusta da vítima. Em todo caso, dá-se aqui importância ao fator emoção. Essa disposição pode abranger casos de homicídio passional, sem as mistificações com que a modalidade se tem deturpado na prática. Assim, o Código admite, de forma bastante prudente, o influxo do passionalismo na eclosão dos delitos: admite-o para atenuar a pena e jamais para permitir a sua exclusão.

Parte Geral de 1984, art. 28

Dispositivo análogo encontra-se no art. 129, § 4.º, que faculta a diminuição de pena, por iguais razões, no crime de lesões corporais.³¹

114 — No que concerne à repressão dos delitos praticados em estado de embriaguez,³² o sistema do atual Código [1940] é radicalmente diverso do do Código de 1890, que permitiu muitos abusos, nesse particular. O antigo estatuto apresentava esta circunstância atenuante: haver sido o crime cometido em estado de embriaguez incompleta, não procurada, não sendo o delinquente habituado a praticar crimes nesse estado. E não havia, acerca da responsabilidade em tal hipótese, outra disposição. Em se tratando de embriaguez intensa, sustentava-se o cabimento da dirimente da completa perturbação dos sentidos e da inteligência. E, por falta de norma expressa sobre o assunto, fazia-se freqüentemente extensão abusiva dessa dirimente a casos de incompleta alcoolização. Leve que fosse, por

vezes, bastava para que o Tribunal do Júri concedesse a dirimente.

O atual Código [1940] arrola as seguintes hipóteses. Primeira: embriaguez voluntária ou culposa, não podendo determinar a exclusão da responsabilidade (art. 24, n.º II). Dá-se a voluntária quando o agente quer embriagar-se; e a culposa quando quer tão-somente beber — e se alcooliza pela sua imoderação. Completa ou não, nenhuma dessas espécies de embriaguez autoriza a isenção de pena.

Parte Geral de 1984, art. 28, II

Mas — segunda hipótese — é possível que a embriaguez produza irresponsabilidade, no regime do Código: se for acidental e completa. Exprime-o o § 1.º do art. 24: “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Parte Geral de 1984, art. 28, § 1.º

Se alguém se embriaga fortuitamente, desconhecendo que incide no risco de se embriagar, e atinge a uma fase de completa alcoolização, pode invocar em seu favor, se um ato delituoso vier a praticar, a isenção de pena.

Dá-se a embriaguez fortuita, quando, por exemplo, a pessoa ignora que determinado líquido contém álcool e o ingere; ou então, sem o saber, é excessivamente sensível aos efeitos do álcool. Também por força maior pode vir a se embriagar. Por exemplo, se é constrangida a beber.³³

Observe-se o rigor do Código: é preciso que seja completa a embriaguez. E a disposição seguinte (§ 2.º) cogita do caso de não ser completa: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Mesmo sendo originária de caso fortuito ou força maior, se não é completa a embriaguez, responde o agente pelo seu ato, embora com atenuação. A severidade é extrema.

Parte Geral de 1984, art. 28, § 2.º

Há, ainda, no Código Penal, outra disposição a respeito do assunto (art. 44, n.º II, letra c): entre as circunstâncias que agravam a pena está a de o agente cometer o crime depois de embriagar-se propositadamente para cometê-lo. É, assim, prevista a embriaguez preordenada, procurada especialmente para facilitar a prática do crime,

ou para criar o agente, em seu favor, pretensa escusa. Aquele que assim age tem a pena agravada. Não se trata, agora, de embriaguez simplesmente voluntária, mas dolosa.

Parte Geral de 1984, art. 61, n.º II, I

Em resumo, verificam-se as seguintes situações: ausência total de pena, no caso de embriaguez completa, originária de caso fortuito ou força maior; atenuação da pena, no caso de ser incompleta — igualmente, accidental; punição, na hipótese de ser voluntária ou culposa, completa ou incompleta; e, finalmente, pena agravada, quando a embriaguez é dolosa, preordenada.

Nem há diferença na aplicação da pena, feito o confronto entre o crime proveniente de ebriedade voluntária e o oriundo de culposa. O grau da responsabilidade não se altera, na alternativa de que o réu tenha querido alcoolizar-se ou tenha querido, simplesmente, beber. Nos dois casos, o procedimento criminoso é o mesmo: infração praticada em estado a que a lei, numa compreensível atitude de política criminal, recusa toda tolerância, toda complacência. Em virtude da estipulação legislativa, que presume permanecer o elemento subjetivo imune à influência de embriaguez não accidental, deve ele ser fixado no grau de dolo ou culpa consoante a natureza da infração penal e levando-se em conta apenas o momento em que esta ocorre.³⁴ Assim, se o ébrio, num acesso de fúria, empunha um revólver e mata, pune-se o homicídio como doloso, não importando alegar que o seu autor estivera disposto a beber e não, propriamente, a embriagar-se. Convenha-se, de resto, em que seria sutilíssima a distinção. De quase impossível demonstração prática, não proporcionaria base ponderável para destoantes sanções. Mas o crime do embriagado pode ser culposos, se, por exemplo, guiando um automóvel, fere ou mata, pela sua imprudência e negligência.

Cabe indagar se será realmente plausível que alguém se proponha alcoolizar-se para cometer crime. Imagina-se, quando se enuncia a pergunta, naturalmente, o caso de ser completa a embriaguez, porque o agente, se objetivasse tão-somente a incompleta, não poderia pleitear a isenção de pena. O problema é particularmente sugestivo quando focalizado nos seguintes termos: é concebível que alguém, em estado de inimputabilidade atual, pratique um crime deliberado anteriormente?

Largas controvérsias têm-se travado sobre o assunto, que é o das *actiones liberae in causa* (ações livres na sua causa). Procurar alguém obter um estado de inimputabilidade para praticar crime é perfeitamente possível. Aliás, a questão não se circunscreve à embriaguez. Abrange outras hipóteses de estados de inimputabilidade, inclusive o sono. Exemplo interessante: certa mãe pretende matar o seu filho recém-nascido, mas quer escapar à responsabilização penal. Coloca-o junto a si no leito, certa de que, ao dormir, virá, com algum movimento, a esmagá-lo. A psicologia ensina que idéias profundamente enraizadas na mente podem produzir desejada ação, durante o sono.

A solução por quase todos aceita é no sentido da plena responsabilidade de quem pratica uma *actio libera in causa*. No momento em que o agente executa o ato

lesivo, não está presente o dolo, pelos seus elementos constitutivos — inteligência e vontade. Eis porque escritores, como PESSINA, sustentaram ser impossível reconhecer a imputabilidade nesses casos. Mas a opinião vencedora avulta quase unânime no sentido afirmativo,³⁵ porque, se o dolo não é contemporâneo à ação, é, pelo menos, contemporâneo ao início da série causal de eventos, que se encerra com o resultado danoso. Toda ação provém de uma série causal, de que participam muitas condições. Uma dessas condições se põe em atividade pela deliberação do agente, cujo dolo é coincidente com o primeiro elo da série causal. Deve, pois, responder pelo acontecimento, de que é causa material e psíquica.

É de MANZINI o seguinte exemplo, que coloca em evidência a gravidade de certas ações livres na sua causa: um facínora serve-se de engenhosa máquina infernal para matar toda uma família. Prepara-a pacientemente. Deixa o explosivo na casa das vítimas, para estourar com hora marcada, à noite. Quando se verifica a explosão, o criminoso está no seu leito, dormindo o tranqüilo sono dos justos.³⁶

Os crimes omissivos fornecem claros exemplos de *actiones liberae in causa*. Suponha-se um guarda-chaves de estrada de ferro que, deliberado a ocasionar um choque de trens, se embriaga de propósito, para, no momento oportuno, não poder abrir o desvio, pelo qual deva passar o comboio. A sua responsabilidade é indiscutível.

O problema da embriaguez no Direito Penal é muito de perto dependente de ensinamentos que a Medicina Legal proporciona. Costuma-se dividir o alcoolismo em agudo e crônico. No alcoolismo agudo, a intoxicação se dá no momento da ingestão da bebida. No alcoolismo crônico, o agente se embriaga constantemente, e, antes que se dê a eliminação dos vapores de álcool, toma novas doses de bebida, ficando, assim, em estado permanente de intoxicação.

A distinção entre alcoolismo agudo e crônico é de importância para a aplicação da nossa lei penal. Suscita o seguinte problema, que não está resolvido com toda a desejável clareza na legislação brasileira. O estado crônico de embriaguez pode produzir, verdadeiramente, uma psicose: a demência alcoólica. Nessa hipótese, cabe discutir se vigora, em relação ao agente, a disposição do art. 22, que o declara inimputável por doença mental, ou a do art. 24, n.º II. A questão é expressamente solucionada, no Código italiano, pela aplicação dos dispositivos referentes à inimputabilidade — total ou restrita.

Parte Geral de 1984, arts. 26 e 28, II

Ao tempo do antigo Código [1890], instaurou-se, no foro da Capital paulista, processo contra um homicida que praticara o delito em estado de demência alcoólica. Esse indivíduo embriagava-se diariamente e ficou padecendo de intoxicação crônica. Nessas condições, resolveu matar um casal de noivos. Tomou de uma espingarda, disse que ia caçar e, quando avistou as vítimas, deu duas vezes ao gatilho, prostrando-as.

Examinado no Manicômio Judiciário, o laudo médico concluiu que ele se

achava em estado de completa perturbação de sentidos e inteligência, em consequência de delírio alucinatório de origem alcoólica. Apesar disso, foi condenado — e é interessante notar que o Júri, em geral benevolente, condenou o réu num caso em que havia perícia favorável ao reconhecimento da dirimente invocada. Condenou-o porque sabia que era um elemento perigoso e, se ficasse em liberdade, poderia vir a praticar outros crimes semelhantes. Não podia permanecer no manicômio, porque se apresentava curado da sua intoxicação e, por ocasião do julgamento, era um homem são. Os peritos não omitiam, entretanto, que tinha forte tendência para o álcool. Voltado a essa consideração, o Júri negou a dirimente da perturbação de sentidos, em vista da impossibilidade, de acordo com os meios legais, de assegurar por outra forma a defesa social, pois ainda não existiam as medidas de segurança.

Como enquadrar esse caso dentro da lei penal atual? Deveria o agente ser condenado, de acordo com o art. 24, ou absolvido, segundo o art. 22? Naturalmente se adotaria a solução mais benigna, entendendo-se irresponsável o réu, e aplicando-se-lhe medida de segurança.

Parte Geral de 1984, arts. 26 e 28

Formulamos a pergunta em palestra na Faculdade de Direito de São Paulo acerca do tema *Causalidade material e psíquica*. Em resposta, afirmou NÉLSON HUNGRIA que a solução está clara na lei. O caso — disse — é regulado pelo princípio geral do art. 22.

Parte Geral de 1984, art. 26

Mas não deixa de ser curiosa esta disparidade: no mecanismo do Código, o indivíduo que cometa um crime por estar *completamente* embriagado, embora tenha bebido pela primeira vez na vida, será responsabilizado penalmente, desde que a embriaguez não seja fortuita, mas voluntária ou culposa. Esse mesmo indivíduo, porém, vem a delinquir em consequência de perturbações mentais ocasionadas por contínuas libações alcoólicas. Afinal, é ainda a embriaguez que produz o seu crime. E será considerado irresponsável.

Explicam a *Exposição de motivos* e NÉLSON HUNGRIA que o instituto das *actiones liberae in causa* justifica a punição dos delitos praticados em embriaguez completa, voluntária ou culposa. Embora tenha sido a nossa opinião contestada pelo eminente penalista, julgamos que constituirá desmedido alargamento das razoáveis possibilidades daquele instituto a explicação, por essa maneira, da punibilidade do alcoolizado, fora da hipótese, bem característica, de embriaguez preordenada. Não percebemos o nexo de causalidade psíquica entre a simples deliberação de ingerir bebida alcoólica e um crime superveniente.³⁷ O agente não pensa em delinquir. Nem mesmo — admita-se — supõe que vai embriagar-se. Entretanto, embriaga-se

totalmente e pratica lesões corporais num amigo. Parece-nos um exagero dizer que ele procedeu com dolo, mediante aplicação do princípio regulador das *actiones liberae in causa*.

O que há na hipótese é, pura e simplesmente, um caso de responsabilidade objetiva — responsabilidade excepcionalmente sem culpabilidade, ou, pelo menos, sem aquele grau de culpabilidade tido como relevante no sistema jurídico, — responsabilidade objetiva que os autores do Código de 1940 não querem, de forma alguma, confessar ter acolhido.³⁸

Este dispositivo transitou para o Código de 1984, ainda que a Exposição de Motivos (n.º 18) vanglorie-se de haver eliminado todo e qualquer resquício de responsabilidade penal objetiva de nosso direito penal.

Mas, se tamanha extensão se pretende emprestar à teoria das *actiones liberae in causa*, então também o doente mental, que assim se tornou apenas pela sua culpável imoderação no uso do álcool, devia ser responsabilizado... Quando, porém, se defronta com essa lógica conclusão, aquele ilustre autor acha evidente que o ébrio deve ser absolvido. Bem se vê, pois, que, perante o draconiano sistema da nossa lei acerca da embriaguez, a suposta e, na verdade, discutível evidência, deveria emanar de texto expreso.

Para resolver se a embriaguez é completa ou incompleta, o juiz terá de servir-se dos comuns elementos de prova, em que avultam os depoimentos de testemunhas. Às vezes, é elucidado por exames periciais. Em São Paulo, sempre que a Polícia toma oportuno conhecimento de delito cometido sob a ação do álcool, faz proceder a um exame de sangue do indiciado, para verificação de dosagem alcoólica.

É comum distinguir, na embriaguez pelo álcool, três períodos: um, inicial, de excitação; outro, de depressão, e um terceiro, de coma. Em estado comatoso só seriam possíveis os delitos omissivos, como o do exemplo do guarda-chaves. Se só nesse período se entendesse completa a embriaguez, nunca os delitos de atividade, ou comissivos, que são os mais freqüentes, permitiriam a dirimente da embriaguez completa — que, além do mais, tem de ser accidental.

Os juristas, a bem da equidade, poderão socorrer-se da classificação de CARRARA, que decompunha, no progressivo estado de alcoolização, um período alegre, um período furioso e um período letárgico. Assim, admitir-se-á como completa a embriaguez mesmo no segundo período.

Três animais são chamados, grotesca mas expressivamente, a organizar um quadro sinótico dos domínios de Baco: o macaco, o leão e o porco... Nessa ordem, eles simbolizam os períodos alegre, furioso e letárgico.

A nossa legislação penal cogita, ainda, da embriaguez habitual, que não se confunde com a embriaguez crônica. Quem se apresenta habitualmente embriagado tende ao alcoolismo crônico, que se caracteriza por anomalias psíquicas, capazes de chegar ao *delirium tremens*.

A embriaguez habitual suscita uma presunção de periculosidade do indivíduo que tenha delinqüido sob a ação do tóxico, e obriga a interná-lo, como medida de segurança, em casa de custódia e tratamento (art. 78, n.º III). Isso, além da providência repressiva, representada pela pena cabível.

Não há dispositivo semelhante no Código de 1984. Não se pode presumir a periculosidade do ébrio habitual, como autorizava o código anterior.

A Lei das Contravenções pune, no art. 62, o fato de apresentar-se alguém, publicamente, em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia.

Terminando, é de conveniência lembrar que os dispositivos da legislação penal não se aplicam exclusivamente à embriaguez alcoólica — que oferece as questões mais comuns, sobre a matéria na prática dos tribunais — mas também à embriaguez por substâncias de efeitos análogos. É nítida a alusão ao uso dos narcóticos, dos entorpecentes, dos inebriantes — toda a perigosa classe de abomináveis venenos de que se nutrem as toxicomanias.³⁹ Aí está um problema social sério, tanto quanto o do álcool, como o atesta, com o seu escopo de enérgica luta, a chamada legislação anti-tóxicos, atualmente (1979) representada pela Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976, e seu regulamento, o Decreto n.º 78.992, de 21 de dezembro de 1976.

A Lei n.º 6.368/76 é complementada hoje em dia por portaria da Divisão de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que, por meio de portaria, determina quais são as substâncias entorpecentes cujo porte e venda são criminalizados. Atualmente, vige a Portaria SVS/MS 344, de 31/12/1998, cujo anexo I — que é periodicamente atualizado — contém referida lista. Trata-se, portanto, de norma penal em branco, cujo conteúdo proibitório é complementado por ato administrativo.

Referências

ACALE SÁNCHEZ, Maria. *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares, 2000.

AZEVEDO, David Teixeira de. A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime. In: *Atualidades no direito e processo penal*. São Paulo: Método, 2001.

BRITO, Teresa Quintela de. Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. In: *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. 1.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto

Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. I e II.

DANNECKER, Gerhard. La configuración de las causas de justificación y exculpación en el derecho penal comunitário. *Revista Penal*, fasc. 3, p. 11-28.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral: tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DITTICO, Mário Henrique; SPOSATO, Karyna Batista. Nota sobre a hipocrisia — ou de como a justiça da infância e da juventude de São Paulo não consegue diferenciar ser e dever-ser. *Boletim do IBCCrim*, ano 12, fasc. 144, p. 4.

FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosch, 2001.

GÓMEZ, Daniel Varona. El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento. *Actualidad Penal*, fasc. 2, p. 743-763.

HIRSCH, Hans Joachim. La regulación del estado de necesidad. In: *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

_____. La antijuridicidad de la agresión como presupuesto de la defensa necesaria. In: *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid: Tecnos, 1984.

JAKOBS, Günther. Coacciones por medio de violencia. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Derecho penal*. Parte general — Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

MORA, Asier Urruela. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*. Bilbao: Fundación BBVA, 2000.

MOTTA, Ivan Martins. *Estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito*: dupla natureza jurídica e repercussões processuais penais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

PEÑA, Diego-Manuel Luzon. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Buenos Aires: Júlío César Faria, 2002.

PIJOAN, Elena Larrauni. Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 48, p. 865-886.

REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: RT.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. La categoría de la antijuridicidad en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 44, p. 715-790.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *La justificación en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

SANDRIN, Carlos Fernandes; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Drogas: imputabilidade e dependência*. São Paulo: Assoc. Paulista do Ministério Público, 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil no Estatuto da Criança e do Adolescente*. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2000.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. Obediência hierárquica e responsabilidade jurídica do funcionário. *Estudios Penales y Criminológicos*, fasc. 20, p. 287-310.

_____. *A legítima defesa: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: RT, 1994.

_____. Teorias do dolo e teorias da culpabilidade: teorias extremadas e teorias limitadas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 566.

- 1 Acerca da antijuridicidade e das causas que a excluem, BIAGIO PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Pádua, 1947; ALDO MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947; ERNESTO HEINITZ, *El problema de la antijuridicidad material*, trad. esp. de ROBERTO GOLDSCHMIDT e RICARDO C. NÚÑEZ, Córdoba, 1947; RAUL CARRANCÁ y TRUJILLO, *Las causas que excluyen la ncriminación*, México, 1944; SEBASTIÁN SOLER, *Causas supralecales de justificación*, em *Criminalia*, México, 1942-43, pág. 526, e na *Revista Forense*, Rio, 1941, vol. 86, pág. 507; S. MESSINA, *L'antigiuridicità nella teoria del reato*, 1942; CARLO CORSONELLO, *Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato*, Pádua, 1941; MAURO ANGIONI, *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale*, Milão, 1930; JEAN-MARIE AUSSSEL, *La contrainte et la nécessité en Droit Pénal (force majeure, contrainte physique ou morale, état de nécessité et légitime défense)*, em *Quelques aspects de l'autonomie du Droit Pénal*, Paris, 1956; na mesma obra, v., ainda, ROGER DOUBLIER, *Le consentement de la victime*; EURICO DA TRINDADE, *Exclusão de criminalidade*, Belo Horizonte, 1949; ALEXANDRE DELFINO DE AMORIM LIMA, *Exclusão de criminalidade*, na *Revista Forense*, Rio, 1944, vol. 100, pág. 213. O mesmo trabalho, nos *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, São Paulo, 1942, 3.º vol., pág. 125; JORGE SEVERIANO, *Justificativas penais — ordem de superior legítimo — estado de necessidade — legítima defesa*, Rio, 1936; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *Indelinqüência e responsabilidade — comentários à legislação penal brasileira*, Rio, 1942; OSCAR STEVENSON, *Da exclusão de crime — causas não previstas formalmente*, São Paulo, 1941; NÉLSON HUNGRIA, *As causas de exclusão de pena e de crime no projeto revisto do novo Código Penal*, em *Questões jurídico-penais*, Rio, 1940, pág. 97; ANÍBAL BRUNO, *Antijuridicidade*; na *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, Recife, 1954, n.º 3, pág. 201; na mesma revista, 1955, n.º 7, pág. 219, e n.º 8, pág. 349; EVERARDO LUNA, *Injuridicidade*; RICARDO FRANCO GUZMÁN, *Classificación lógicojurídica de las causas de justificación*, na coletânea *Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1964, pág. 750; na mesma coletânea, pág. 662, RAFAEL FONTECILLA RIQUELME, *Los problemas juridicos de las causas supralecales en materia penal*; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Antijuridicidade*, na *Revista Forense*, Rio, 1964, vol. 208, pág. 19; MIGUEL REALE JÚNIOR, *Antijuridicidade concreta*, São Paulo, 1973; PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Considerações em torno à supralegalidade no Direito Penal*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1964, n.º 6, pág. 19, e na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1964, vol. 345, pág. 23; DÉLIO MAGALHÃES, *Causas de exclusão de crime*, São Paulo, 1975 a 2.ª edição. A matéria

das causas de justificação foi explanada, de modo exaustivo, por ASÚA, no 4.º vol. do *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1952, volume esse todo ele dedicado ao assunto.

- 2 Cons., sobre a coação irresistível, DOMENICO PISAPIA, *Violenza, minaccia e inganno nel Diritto Penale*, Nápoles, 1940; RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, *Coação irresistível por violência*, São Paulo, 1973.
- 3 A respeito da matéria, S. MESSINA, *L'ordine insindacabile dell'autorità*, Roma, 1942; G. P. FALCHI, *Obbedienza gerarchica in tema di ordini illegittimi*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1936, pág. 196; G. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel Diritto Penale*, Milão, 1934; ARTURO SANTORO, *L'esecuzione di ordini privati causa di giustificazione*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1956, pág. 525, e *L'ordine del superiore nel Diritto Penale*, Turim, 1957.
- 4 Estatui o art. 38 do novo Código: “Não é culpado quem comete o crime: a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade; b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviço. — § 1.º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem. — § 2.º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior”.
- 5 Em *La ley y el delito*, Caracas, 1945, pág. 508.
- 6 Bibliografia: DIEGO VICENTE TEJERA, *El estado de necesidad*, em *Criminalia*, México, 1940, pág. 211; ENRICO CONTIERI, *Lo stato di necessità*, Milão, 1939; em português, *O estado de necessidade*, trad. de FERNANDO DE MENDONÇA, São Paulo, 1942; PIETRO MIRTO, *Estensione specifica dello stato di necessità*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, 2.ª parte, coluna 1.009; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado de necesidad en materia penal, con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, 1930, 2.ª edição; J. A. ROUX, *L'état de nécessité et le délit nécessaire*, na *Revue Pénitentiaire*, 1910; UBALDO PERGOLA, *Fondamento giustificativo dello stato di necessità*, na *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Turim, 1909, vol. 70, pág. 405; e *Lo stato di necessità nella storia e nella legislazione comparata*, na mesma revista e volume, pág. 129; F. MARCHAND, *De l'état de nécessité*, Paris, 1903; LOUIS LUQUET, *Du délit nécessaire*, Paris, 1902; MORIAUD, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, Genebra, 1889; ALÍPIO C. LEITE JÚNIOR, *O estado de necessidade — arts. 19 e 20 do Código Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1942, vol. 92, pág. 800; CÂNDIDO MOTTA FILHO, *Do estado de necessidade*, São Paulo, 1938; AGUIAR DIAS, *Estado de necessidade*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, sob a direção de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, vol. XXI, pág. 16; MIGUEL REALE JÚNIOR, *Dos estados de necessidade*, São Paulo, 1971; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Estado de necessidade*, na revista *Ciência Penal*, São Paulo, 1973, n.º 1, pág. 89; LUIZ ALBERTO MACHADO, *Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1973, vol. 447, pág. 293.
- 7 O comentário da *Exposição de motivos* é o seguinte: “No tocante ao *estado de necessidade*, é igualmente abolido o critério anti-humano com que o direito atual lhe traça os limites. Não se exige que o direito sacrificado seja inferior ao direito posto a salvo, nem tampouco se reclama “a falta absoluta de outro meio menos prejudicial”. O critério adotado é outro: identifica-se o *estado de necessidade* sempre que, nas circunstâncias em que a ação foi praticada, não era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado. O estado de necessidade não é um conceito absoluto: deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era *extraordinariamente* difícil um procedimento diverso do que teve. O crime é um fato *reprovável*, por ser a violação de um dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou da ordem jurídica. Ora, essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens”.

Essas considerações lembram a concepção normativa da culpabilidade e a paralela teoria da não exigibilidade de outra conduta, como meio ampliativo dos casos de inculpabilidade (ver n.º 79, nota n.º 182). Mas a influência da idéia de inexigibilidade, no Código Penal, é restringida pelos requisitos da justificativa, a qual, apesar de haver sido dilatada a sua órbita, não autorizaria a impunidade em certos exemplos que, na doutrina, surgem como de não exigibilidade de outra conduta. Ainda que ductilizado o texto legal, o estado de necessidade é sempre uma justificativa para situações de alta gravidade, em que há séria e irremovível incompatibilidade entre bens jurídicos. A natureza dessa descriminante impede a prodigalização. Atenda-se, porém, à possibilidade de intensa minoração penal prevista no parágrafo 2.º.

8 AD. FRANCK, *Philosophie du Droit Pénal*, Paris, 1880, pág. 150.

9 Cfr. HENRY LEYRET, *Las sentencias del magistrado Magnaud reunidas y comentadas*, trad. esp. de DIONISIO DíEZ ENRÍQUEZ, Madri, 1909, 2.ª edição, pág. 28.

- A respeito do furto para saciar a fome, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Hurto famélico y miseria*, em *El criminalista*, Buenos Aires, 1943, 3.º vol., pág. 69; EVARISTO DE MORAES, *Problemas de Direito Penal e de Psicologia Criminal*, Rio, 1920, pág. 123.
- 10 Leia-se ASÚA, *El incendio del Teatro de Novedades*, em *Crônica del crimen*, Buenos Aires, 1945, pág. 183. Apurou-se que, no sinistro ocorrido em Madri, foi maior o número de mortos por efeito de asfixia mecânica e traumatismos do que pela ação do fogo.
- 11 Bibliografia: A. DE MARSICO, *Questioni in tema di legittima difesa*, em *Rivista Penale*, Roma, 1949, pág. 545; JUAN DEL ROSAL, *Legítima defensa (necesidad racional del medio empleado)*, em *Estudios penales*, Madri, 1948, pág. 219; A. ZERBOGLIO, *La legittima difesa del provocatore aggredito*, em *Rivista Penale*, Roma, 1942, pág. 25; JOSÉ RAFAEL MENDONZA, *La defensa legítima del honor*, em *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, 1942, ns. 32 e 33, pág. 5; P. NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore*, em *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1941, pág. 503; G. PENSO, *La difesa legittima*, Milão, 1939; VINCENZO LA MEDICA, *Il diritto di difesa*, Roma, 1939; em português, trad. de FERNANDO DE MENDONÇA, São Paulo, 1942; ALFONSO HERRERA GUTIÉRREZ, *La legítima defensa*, em *Criminalia*, México, 1939, novembro, pág. 133; GIULIO BATITAGLINI, *Legittima difesa*, em *Revista de Direito Penal*, Rio, 1933, 1.º vol., pág. 567; também em *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1933, pág. 338; G. PAOLI, *Sulla legittima difesa*, em *Rivista Penale*, Roma, 1927, fasc. 4; GIULIO FIORETTI, *Sulla legittima difesa — studio di Criminologia*, Roma, 1886; em português — trad. de OTÁVIO MENDES, Lisboa, 1945, 4.ª edição; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *A legítima defesa*, na *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1951, vol. II, pág. 475;
- GALENO MARTINS BRITO, *Da legitimidade da defesa frente ao Direito natural*, São Luís, Maranhão, 1952; PEDRO VERGARA, *Da legítima defesa subjetiva*, Rio, 1949, 2.ª edição; ATUGASMIN MÉDICIS FILHO, *Da legítima defesa*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1945, vol. 155, pág. 404; ALÍPIO C. LEITE JÚNIOR, *Da legítima defesa*, na *Revista Forense*, Rio, 1943, vol. 93, pág. 630; JOSÉ LUIZ V. DE A. FRANCESCHINI, *Esboço de estudo sobre a legítima defesa*, em *Justitia*, São Paulo, 1942, 4.º vol., fasc. 1 e 2, pág. 23; ANTÔNIO LEMOS SOBRINHO, *Da legítima defesa*, São Paulo, 1931, 2.ª edição; TEÓFILO XAVIER DE MENDONÇA, *Legítima defesa na tentativa*, em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1955, vol. 233, pág. 44, e *Revista Forense*, Rio, 1955, vol. 159, pág. 497; CÉLIO DE MELO ALMADA, *Legítima defesa*, S. Paulo, 1958; ROQUE DE BRITO ALVES, *A moderação na legítima defesa*, Recife, 1957; J. RODRIGUES DE MEREGE, *A legítima defesa*, São Paulo, s/d; FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *Legítima defesa*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1978, vol. 513, pág. 323.
- 12 Tal asserção é uma razoável inferência do dispositivo mencionado: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no art. 17, § 3.º, 2.ª parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51”.
- 13 Ver: F. P. GABRIELI, *Eccesso doloso ed eccesso colposo nella legittima difesa*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1949, 2.ª parte, coluna 700; VINCENZO SPIEZIA, *Necessità e proporzione nella legittima difesa*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1934, 2.ª parte, pág. 377; ALFREDO SANDULLI, *Eccesso colposo*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1933, 2.ª parte, coluna 1.970; GENNARO ESCOBEDO, *Eccesso di legittima difesa, considerato quale reato colposo*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1932, 4.ª parte, nota à coluna 372; HENNY GOULART, *O excesso na defesa*, São Paulo, 1968; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Do excesso culposo e repercussão no Tribunal do Júri*, em *Justitia*, São Paulo, 1963, vol. 41, pág. 5.
- 14 São palavras da *Exposição de motivos*: “A legítima defesa apresenta-se sem certos requisitos de que se reveste na legislação em vigor. Na defesa de um direito, seu ou de outrem, injustamente atacado ou ameaçado, *omnis civis est miles*, ficando autorizado à repulsa imediata. Também é dispensada a rigorosa *propriedade* dos meios empregados, ou sua precisa *proporcionalidade* com a agressão. Uma reação *ex improviso* não permite uma escrupulosa escolha de meios, nem comporta cálculos dosimétricos: o que se exige é apenas a moderação do revide, o exercício da defesa no limite razoável da necessidade”.
- Deve-se observar que, na prática, não era diferente o quadro da aplicação da legítima defesa ao tempo do Direito anterior. Nunca se exigiu uma precisa proporcionalidade, e sim relativa, sob o império das circunstâncias. Nem eram reclamados cálculos dosimétricos, nem se privava da faculdade de repulsa o cidadão ameaçado por iminente agressão e sem outro honesto recurso que o uso da sua própria força. Necessidade e moderação, humanamente compreendidas, eram os requisitos, indicados embora em termos casuísticos.
- 15 Pondera VANNINI (*Delitti contro la vita*, Milão, 1946, pág. 10) que, no uso desses engenhos mecânicos

predestinados à defesa (*offendicula*), o agente aceita o risco da ausência dos requisitos da legítima defesa no momento em que o aparelho opera, incorrendo, então, em crime culposos. Sobre o tema, LEONARDO GALLI, *Il problema degli “offendicula”*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1939, 2.^a parte, coluna 814; D’ANIELO, *Legittima difesa ed attentati al diritto di proprietà*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1935, pág. 551; GENNARO ESCOBEDO, *Ladri notturni e legittima difesa*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1934, 2.^a parte, nota à coluna 1.291; ENZO CAPALLOZZA, *La questione degli “offendicula” secondo il codice Rocco*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1933, pág. 251; BENEDETTI, *Gli ordegni “offendicula” e la difesa dei beni*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1932, pág. 1.032; RUGGIERO MESSINA, *La corrente elettrica contro i ladri (esercizio di un diritto — difesa legittima di un diritto)*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1932, 2.^a parte, pág. 60; FRANCISCO MENDES PIMENTEL, *Armadilha contra ladrões noturnos*, na *Revista Forense*, Belo Horizonte, 1925, vol. 45, pág. 485; v. também OSCAR STEVENSON, ob. cit., pág. 221.

- 16 Art. 140, § 1.º n.º II: “O juiz pode deixar de aplicar a pena:... II — no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria”.
- 17 Ver, sobre a questão, PIETRO NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1941, pág. 503. Trata-se de um comentário a interessante acórdão que reconheceu a legitimidade da repulsa oposta, em situação análoga à que figuramos, pelo provocador ao provocado — este, o pai de uma jovem com a qual o agressor mantinha relações ilícitas. O comentador do aresto examina as três soluções em causa: condenação por crime doloso; ou por crime culposos; ou absolvição. E concorda com a acolhida pelo tribunal.
- 18 A respeito do assunto, NÉLSON HUNGRIA, *A legítima defesa putativa*, Rio, 1936; SADY DE GUSMÃO, *Da legítima defesa putativa de terceiros*, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1938, vol. 23, pág. 45; ALCIDES MUNHOZ NETTO, *Descriminantes putativas fáticas*, na *Revista de Direito Penal*, São Paulo, 1975, n.º 17/8, pág. 7; LORENZO CARNELLI, *El error y la legítima defensa putativa*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1940, vol. 20, seção de jurisprudência, pág. 59; CARLO FEDERICO GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milão, 1961.
- 19 Cfr. ENRICO FERRI, *Legittima difesa reciproca*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1893, pág. 264, e *Difese penali*, Turim, 1923, 2.º vol., pág. 545. Cons. também GIANNETTO CONTU, *La legittima difesa reciproca*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1929, 1.^a parte, pág. 155. Esse trabalho foi publicado na mesma revista, em 1938, 2.^a parte, pág. 59.
- 20 Lavra dissensão na jurisprudência. Vem-se sustentando que o excesso culposos também deve ser indagado quando o Juri nega o emprego de meios necessários, e em muitos julgados se tem admitido a formulação de um quesito englobando os elementos — em verdade inconfundíveis — moderação e necessidade, de maneira a passar-se à pergunta acerca do excesso culposos em havendo a negação conjunta desses dois elementos.
- 21 Cons. a monografia de VINCENZO CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Nápoles, 1939. Ver, também, RAOUL ALBERTO FROSALI, *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità*, em *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1954, pág. 219.
- 22 Além dos livros e artigos citados em posteriores notas: ENRICO ALTAVILLA, *L'elemento psicologico del reato dell'imputabile e del non imputabile*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1953, pág. 133; desse mesmo autor, *Criminalità e disturbi psichici*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1949, pág. 48; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *Imputabilidade penal*, Coimbra, 1950; RICARDO C. NÚÑEZ, *La culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, 1949; DEMETRIO SODI, *Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal*, em *Criminalia*, México, 1942-43, pág. 645; ALDO MORO, *La capacità giuridica penale*, Pádua, 1939; GIULIO PAOLI, *Imputabilità, capacità e responsabilità penale*, em *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Nápoles, 1938, pág. 393; ALFREDO POZZOLINI, *Talune cose non inutili in tema d'imputabilità penale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1933, 2.^a parte, coluna 448; PAUL FAUCONNET, *La responsabilité — étude de Sociologie*, Paris, 1928, 2.^a edição; HENRI VERGER, *Evolución del concepto médico sobre la responsabilidad de los delincuentes*, trad. esp. de ANTONIO VIDAL Y MOYA, Madri, 1922; CESARE CIVOLI, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, na enciclopédia de PESSINA, Milão, 1904, 5.º vol., pág. 3; B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Turim, 1894-9; UGO CONTI, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, no *Trattato de Cogliolo*, Milão, 1890, 1.º vol., 2.^a parte; RINALDO PELLEGRINI, *Imputabilità ed incapacità di intendere o di volere nella giurisprudenza della Corte Suprema*, em *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1954, pág. 633; JOSEPH VERNET, S. J., *Réflexions sur le*

problème de la responsabilité, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, Paris, 1958, pág. 365; RAFFAELE DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel Diritto Penale*, Milão, 1957; V. CÉSAR DA SILVEIRA, *Tratado da responsabilidade criminal*, em três volumes, São Paulo, 1955; AURI MOURA COSTA, *A responsabilidade no novo Código Penal*, Fortaleza, 1950; J. PIMENTA DA VEIGA, *Da responsabilidade penal*, Belo Horizonte, 1949; JOÃO ROMEIRO, *Ligeiras considerações em torno dos artigos 22 e 24 do Código Penal brasileiro*, Belo Horizonte, 1949; MURILO DE CAMPOS, *Aspectos psiquiátricos do crime — tratamento e profilaxia*, no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1949, vol. 88, pág. 49; ASTOLFO REZENDE, *Da responsabilidade penal*, em *Revista de Jurisprudência Brasileira*, Rio, 1943, vol. 58, pág. 3; NÉLSON HUNGRIA, *A responsabilidade em face do Código Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1943, vol. 93, pág. 5. O mesmo trabalho em *Justitia*, São Paulo, 1942, 5.º vol., fasc. 1 e 2, pág. 280, e no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1942, vol. 65, pág. 43 do suplemento; EDMUNDO BICALHO FILHO, *A responsabilidade no novo Código Penal — das dirimentes*, na *Revista Forense*, Rio, 1942, vol. 91, pág. 536; NOÉ AZEVEDO, *Da responsabilidade criminal — causas legais de isenção e de redução da pena*, na *Revista Forense*, Rio, 1942, vol. 95, pág. 519. O mesmo trabalho na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1942, vol. 138, pág. 3, e nos *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, São Paulo, 1942, 3.º vol., pág. 148. A. C. PACHECO E SILVA, *O problema da responsabilidade em face da Psiquiatria*, em *O novo Código Penal*, São Paulo, 1942, 1.º vol., pág. 45; LEONÍDIO RIBEIRO, *O novo Código Penal e a Medicina Legal*, Rio, 1942, pág. 345; GUALTER ADOLFO LUTZ, *A responsabilidade criminal no novo Código Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1941, vol. 88, pág. 34; LÍDIO BANDEIRA DE MELO, *Responsabilidade penal*, Rio, 1941; JOSÉ PRUDENTE SIQUEIRA, *A imputabilidade e a responsabilidade criminais*, Rio, 1938, e na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1938, vol. 21, pág. 169; HEITOR CARRILHO, *A colaboração dos psiquiatras nas questões penais*, na *Revista de Direito*, Rio, 1931, vol. 99, pág. 3, e no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1930, vol. 15, pág. 19 do suplemento; ALOÍSIO MARIA TEIXEIRA, *Alienação mental*, em *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, por J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, 3.º vol., pág. 189.

23 A censura de CARVALHO DURÃO (SOLUS) acha-se em *O Direito*, Rio, 1891, vol. 55, pág. 180.

24 *Medicina Legal*, São Paulo, 1945, 2.º vol., pág. 414.

25 Em torno da epilepsia perante a criminalidade, v. HEITOR CARRILHO, *Da temibilidade dos epiléticos*, na *Revista Penal e Penitenciária*, São Paulo, 1940, 1.º vol., pág. 267; GIULIO CREMONA, *L'imputabilità degli epilettici — (note di psicopatologia forense)*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1936, pág. 861.

26 GUALTER ADOLFO LUTZ, *A responsabilidade criminal no novo Código Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1941, vol. 88, pág. 34.

27 *La culpabilidad en el Código Penal*, cit., pág. 72. De igual modo, LUIGI GRANATA dá o seu testemunho da irrelevância que a Corte de Cassação italiana invariavelmente atribui à loucura moral (*L'omicidio nel Diritto Penale*, Roma, dezembro de 1949, pág. 97); V., ainda, FR. AGOSTINO GEMELLI, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, Milão, 1946, pág. 265; SUSANA SOLANO, *Constitución perversa y la responsabilidad*, em *Archivos de Medicina Legal*, Buenos Aires, 1942, pág. 20; NERIO ROJAS, *La constitución perversa y la responsabilidad*, em *Archivos de Medicina Legal*, Buenos Aires, 1941, pág. 3; BENIGNO DI TULLIO, *Sulla pazzia morale*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1939, pág. 704.

28 ENRICO ALTAVILLA, *I sordomuti e la legge penale*, na *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Turim, 1908, vol. 68, pág. 214.

Acerca da possibilidade de integral discernimento no surdo-mudo, v. BENEDITO COSTA NETO, *Condenação de surdo-mudo*, em *Justitia*, São Paulo, 1942, 4.º vol., fasc. 1 e 2, pág. 117.

29 Dentre os inúmeros estudos a respeito do assunto: CARLOS SALVAGNO, *El tratamiento penal de los llamados semi-responsables*, nos *Anais da 1.ª Conferência Pan-Americana de Criminologia*, Rio, 1.º vol.; FR. AGOSTINO GEMELLI, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, Milão, 1946, pág. 265; ALEJANDRO RAITZIN, *Semi-alienación, doble peligrosidad*, em *Criminalia*, México, 1940, junho, pág. 627; JOSÉ BELBEY, *La delincuencia de los débiles mentales*, em *Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, 1937, 2.º vol., pág. 713; J. GRASSET, *La responsabilité atténuée*, na *Revue des Deux Mondes*, Paris, 1911, 3.º vol., pág. 903, além do volume adiante mencionado; FRANCO DA ROCHA, *A Psiquiatria e o Código Penal brasileiro — a zona limítrofe*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1914, vol. 12, pág. 127; E. JANNITTI PIROMALLO, *I seminfermi di mente e la legge penale*, em *La Scuola Positiva*,

Milão, 1953, pág. 478; DOMENICO MARGUGLIO, *Traitement juridique et pénal (judiciaire et pénitentiaire) des sujets atteints de ce qu'on nomme la "demi-infermité mentale"*, na *Revista Internationale de Droit Pénal*, Paris, 1954, pág. 117; ALFREDO JANNITTI PIROMALLO, *Les semi-aliénés et la loi pénale*, na *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, 1954, pág. 153.

- 30 Entre os estudos mais acurados, é indispensável a consulta às conclusões do inquérito mundial de ODETTE PHILIPPON, *La jeunesse coupable vous accuse*, Paris, 1950, e às atas (1.º vol.) do II Congresso Internacional de Criminologia, Paris, setembro de 1950. Todo esse volume é dedicado ao problema do menor infrator. Foram publicados em 1952 e em 1958 os Anais das semanas de estudos do problema de menores que se vinham realizando em São Paulo, anualmente, a partir de 1948. O enorme interesse que o fundamental problema desperta na Criminologia moderna bem se afere na riqueza da literatura, como ainda se vê desta resenha: JEAN-LOUIS COSTA, *Remarques sur certains aspects d'ordre sociologique, juridique et pédagogique du statut des jeunes délinquants en Europe occidentale*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1953, pág. 395; JEAN CHAZAL, *Etude de criminologie juvénile*, Paris, 1952, e *Le juge des enfants*, Paris, 1948; HENRI GIELB, *La criminalité juvénile en tant que phénomène économique et social*, Paris, 1947; FRANCISCO P. LAPLAZA, *Bases para la unificación de las medidas Jurídicas relativas a la delincuencia infantil*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1947, vol. 48, pág. 1.167; JOSÉ L. ARAYA, *Policia juvenil — organización y procedimientos policiales para niños abandonados y delinquentes en la Argentina y América*, Rosário, 1947; do mesmo autor, *Asistencia social al menor*, Rosário, 1945; ALFREDO R. SIVERI, *La criminalidad en los menores — valoración de los factores biológicos y sociales*, Buenos Aires, 1944; GODOFREDO E. LOZANO, *Regimen jurídico social de la menor edad — historia, doctrina, asistencia social, en la legislación argentina y comparada*, Buenos Aires, 1944; JUAN LACEIRAS, *Problemas de Criminología — los menores delinquentes — moral, cultura y delincuencia*, em *Criminalia*, México, 1943-44, agosto, pág. 710; RAFAEL SANTAMARINA, *Procedimientos e instituciones para el tratamiento de menores antisociales*, em *Criminalia*, México, 1942-43, setembro, pág. 32; do mesmo autor, *Diferentes tipos de instituciones para el tratamiento de menores (casas de orientación, escuelas industriales, casas-hogar, instituto para anormales)*, em *Criminalia*, México, 1938, julho, pág. 685; MARIANO RUIZ-FUNES, *El menor y la ley penal*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1942, vol. 26, pág. 1.024; SOFÍA ALVAREZ VIGNOLI DE DEMICHELI, *Los derechos del niño*, Montevideu, 1942; PEDRO FOIX, *Protección a la infancia desviada y anormal*, em *Problemas sociales de Derecho Penal*, México, 1942, pág. 119; JULIO A. ALFONSÍN, *Reflexiones sobre la delincuencia juvenil*, em *Revista Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, 1941, 6.º vol., pág. 717; DIEGO GODOY TROCONIS, *Tribunales de menores — delincuencia infantil — menores abandonados o en estado de peligro — factores biológicos y sociales del delito — visitantes sociales*, na *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, 1940, n.º 16, pág. 75; LUIZ MARIA CEDILLO, *La deficiencia mental en la delincuencia infantil*, em *Criminalia*, México, 1940, abril, pág. 437; JULIO A. BAUZA, *La reforma social y la protección a la infancia en Dinamarca*, em *Criminalia*, México, 1940, abril, pág. 391; AMALIA DE CASTILLO LEDÓN, *Los tribunales para menores en México*, em *Criminalia*, México, 1940, maio, pág. 482; RICARDO LUNA VEGAS, *Factores etiológicos de la peligrosidad en los menores*, Lima, 1940; OCTAVIO PÉREZ VITORIA, *La minoria penal*, Barcelona, 1940; OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, *La protección Jurídica de la infancia*, Buenos Aires, 1939; ROBERTO BERRO, *Una magistratura tutelar debe completar la acción del juzgado letrado de menores*, em *Arquivos de Medicina Legal e Identificação*, Rio, 1939, pág. 139, e em *Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, 1938, 3.º vol., pág. 359; E. BATTAGLINI, *Osservazioni sulla natura del tribunale per minorenni e sulla competenza ad esso attribuita*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1939, 4.ª parte, coluna 80; AURELIO F. CONCHESO, *La delincuencia de menores y el congreso internacional celebrado en Berlin*, em *Criminalia*, México, 1939, setembro, pág. 29; VICTOR ESCARDÓ Y ANAYA, *Las casas-hogares de la colonia educacional de varones*, nos *Arquivos de Medicina Legal e Identificação*, Rio, 1939, pág. 109; CARLOS DE ARENAZA, *Valoración de los factores biológicos y sociológicos en las reacciones antisociales de los menores*, em *Psiquiatria y Criminología*, Buenos Aires, 1938, 3.º vol., pág. 337; do mesmo autor — *Casas de preservação*, no *Boletim da União Pan-americana*, Washington, 1934, julho, pág. 443; GIOVANNI NOVELLI, *La rieducazione dei minorenni*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1938, pág. 1.272; ver, também, a pág. 223 da mesma revista e volume; PAUL VERVAECK, *La débilité mentale comme cause de délinquance infantile et juvénile*, nos *Arquivos de Medicina Legal e Identificação*, Rio, 1938, 2.ª parte, pág. 232; do mesmo autor, *Délinquance et criminalité de l'enfance*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1936, pág. 706, e em *La Giustizia Penale*, Roma, 1936, 1.ª parte, coluna 654; P. DE CASABIANCA, A. DE MARSICO e D. PISANI, *Etiologia e diagnosi della*

criminalità minorile e influenza dei risultati di tali ricerche sugli ordinamenti giuridici, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1938, pág. 961; ARRIGO SOLMI, *Sui centri di rieducazione dei minorenni*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1938, pág. 1.270; G. AVERNA, *Diagnosi psicologica del fanciullo e tribunali dei minorenni*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, 1.^a parte, coluna 57; e, do mesmo autor, outro trabalho, na coluna 637; GIAN BATTISTA SCIMECA, *Le traitement juridico-pénal des mineurs*, na *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, 1954, pág. 175; VITTORIO BERSEZIO, *Il problema della delinquenza minorile*, Turim, 1954; GUY VERMEYLEN, *La prophylaxie de la délinquance infantile*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1937, pág. 631; MARGARITA G. DE LOZANO GARZA, *Tribunales para menores*, em *Criminalia*, México, 1937, setembro, pág. 7; NERIO ROJAS, *La anormalidad psíquica en la delincuencia de menores*, nos *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, Rio, 1937, pág. 107; LUIGI OGGIONI, *Osservazioni sul funzionamento del tribunale per i minorenni*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1937, 1.^a parte, pág. 29; ARMANDO M. RAGGI Y AGEO, *Criminalidad Juvenil y defensa social — estudio jurídico*, Havana, 1937, 2 vols.; MARCEL REVEST, *La protection de l'enfance devant la Société des Nations*, Paris, 1936; STANISLAU VISTA, *I minorenni in pericolo morale*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1935, pág. 1.307; UGO CONTI, *Sul tribunale per i minorenni*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, Roma, 1935, pág. 67; JUAN JOSÉ O'CONNOR, *Por qué delinquen nuestros niños?*, na *Revista de Criminología, Psiquiatria y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1935, pág. 830; ANSELMO MENA, *Origen de los tribunales de menores*, em *Criminalia*, México, 1934-35, pág. 39; LÉO CORDEMANS DE BRAY, *Delinquência juvenil e serviço social*, no *Boletim da União Pan-Americana*, Washington, 1934, pág. 11; JORGE L. GALLEGOS, *El menor ante el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1943; DOMENICO RENDE, *Il tribunale per i minorenni*, Roma, 1935; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona, 1934, e *El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*, na *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias*, Bogotá, 1954, n.º 2, pág. 79; GREGORIO BERMANN, *Los menores desamparados y delinquentes en Cordoba*, Córdoba, 1933, 2 vols.; ERNESTO NELON, *La delincuencia juvenil*, Madri-Barcelona, 1933; J. BUGALLO SÁNCHEZ, *La delincuencia infantil — etiología, profilaxia y terapéutica*, Madri, 1932; M. VEILLARD, *Le traitement des mineurs delinquants en Suisse*, na *Revue Pénale Suisse*, Berna, 1955, fasc. 3, pág. 311; BENIGNO DI TULLIO, *O problema da infância abandonada*, em *Investigações*, São Paulo, 1950, n.º 21, pág. 101; LEMOS BRITO, *O menor na evolução penal do Brasil*, nos *Anais da 1.ª Conferência Pan-Americana de Criminologia*, Rio, 1948, 1.º vol.; também do autor, *Da chamada delinquência de menores*, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1940, vol. 28, pág. 111; A. SABOIA LIMA, *Delinquência infantil*, na *Revista de Direito*, Rio, 1944, vol. 147, pág. 26; do autor, também, *A infância desamparada*, Rio, 1939; VALDEMAR CÉSAR DA SILVEIRA, *A justiça dos menores e o novo Código Penal*, em *Justitia*, São Paulo, 1942, 4.º vol., fasc. 1 e 2, pág. 443, e *O problema da assistência ao menor*, na *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, vol. 266, dezembro de 1957, pág. 851, e na *Revista Forense*, Rio, 1958, vol. 176, pág. 459; EDUARDO DE OLIVEIRA CRUZ, *Tudo pelos menores*, São Paulo, 1942; ALVARENGA NETO, *Código de menores — doutrina, legislação e jurisprudência*, Rio-São Paulo, 1941, 2.^a edição; LEONÍDIO RIBEIRO, *A criança e o crime*, nos *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, Rio, 1938, 1.^a parte, pág. 36; do mesmo autor, *Aspectos médicos do problema da delinquência infantil*, no *Arquivo Judiciário*, Rio, 1937, vol. 41, pág. 75 do suplemento; J. BURLE DE FIGUEIREDO, *Os tribunais de menores e os serviços sociais*, nos *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, Rio, 1937, 2.^a parte, pág. 270; ROBERTO LYRA, *Promessas e realidades da assistência aos menores*, na *Revista Forense*, Rio, 1937, vol. 69, pág. 452; VICENTE PIRAGIBE, *Infância abandonada e delinqüente*, na *Revista Forense*, Rio, 1937, vol. 70, pág. 228; CÂNDIDO MOTTA FILHO, *A defesa da infância contra o crime*, São Paulo, 1936; EVARISTO DE MORAES, *Criminalidade da infância e da adolescência*, São Paulo, 1927, 2.^a edição; ERNESTO DA SILVA GUIMARÃES, *A questão dos menores*, Vitória, 1936; NOÉ AZEVEDO, *A socialização do Direito Penal e o tratamento de menores delinqüentes e abandonados*, São Paulo, 1927; e *Dos tribunais especiais para menores delinqüentes e como podem ser criados entre nós*, São Paulo, 1920; SÉRGIO MUNIZ DE SOUZA, *A lei tutelar do menor*, S. Paulo, 1958; EGLANTINA BARROS DE ARRUDA, *O menor e sua proteção legal*, S. Paulo, 1958; NAPOLEÃO L. TEIXEIRA, *Delinquência de menores*, na *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, 1954, n.º 2, pág. 327; ALDO DE ASSIS DIAS, *O menor em face da Justiça*, São Paulo, 1968; do mesmo autor, *Do limite da idade para a responsabilidade penal*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1960, vol. 298, pág. 20; JOÃO BENEDITO AZEVEDO MARQUES, *Alguns aspectos da legislação de menores no Brasil*, em *Justitia*, São Paulo, 1974, vol. 86, pág. 53; HENNY GOULART, *Delinquência e menor*, em *Justitia*, São Paulo, 1978, vol. 102, pág. 103.

Ver, ainda, os ns. 52, de 1949, e 57, de 1950, da revista *Serviço Social* de São Paulo, aquele com um magnífico

inquérito realizado no Estado de S. Paulo sob a orientação do técnico LE DUIGOU. Não devem deixar de conhecê-lo quanto se ocupam com o torturante problema dos menores.

- 31 Acerca da criminalidade passional perante o atual Direito, NÉLSON HUNGRIA, *A criminalidade passional*, em *Justitia*, São Paulo, 1952, vol. 13, pág. 74, e *Emoção e crime*, na *Revista Forense*, vol. 133, Rio, 1951, pág. 5; v. também ALFREDO SANDULLI, *Stati emotivi e passionali*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1934, 2.^a parte, coluna 568; GIAN DOMENICO PISAPIA, *Gli stati emotivi e passionali nella prospettiva di riforma del codice penale*, separata publicada em Turim, 1966; GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA, *Estados afetivos e imputabilidade penal*, São Paulo, 1958.
- 32 Bibliografia: LEONARDO GALLI, *L'errore di fatto nel Diritto Penale*, Milão, 1948, pág. 81; e *Necessità di distinzioni circa il concetto della responsabilità penale dell'ubriaco volontario*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1936, pág. 936; FRANCESCO ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, pág. 52; OTTORINO VANNINI, *Delitti contro la vita*, Milão, 1946, pág. 172; DOMENICO PISAPIA, *Violenza minaccia e ingano nel Diritto Penale*, Nápoles, 1940, pág. 209; GIULIO ANDREA BELLONI, *L'alcoolismo dal punto di vista della pericolosità criminale*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1937, 1.^a parte, coluna 30; LORETO SEVERINO, *L'ubriachezza non preordinata nel nuovo Codice Penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1937, 1.^a parte, pág. 307; RAMIRO UDINA, *Imputabilità eccezionale, dolo e preterintenzione abnormi*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1936, pág. 880; GIULIO PAOLI, *L'elemento soggettivo del reato commesso in stato di ubriachezza*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1935, 2.^a parte, pág. 1; G. LEONE, *Il titolo della responsabilità per i reati commessi in stato di ubriachezza volontaria o colposa*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, 2.^a parte, coluna 1.332; GENNARO ESCOBEDO, *La responsabilità dell'ubriaco per i reati commessi in stato di ubriachezza piena o colposa o volontaria*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, 2.^a parte, coluna 1.281; F. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Nápoles, 1934, pág. 203; CESARE COLUCCI, *La imputabilità in rapporto all'ubriachezza, nel nuovo Codice*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1933, 1.^a parte, coluna 19; ROCCO DAVI, *Le "actiones liberae in causa" nel nuovo Codice Penale*, Pádua, 1933; MARIO DONDINA, *Le "actiones liberae in causa" e la loro sistemazione nel Codice Penale*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1931, 1.^a parte, pág. 233; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El alcoholismo y criminalidad*, em *El criminalista*, Buenos Aires, 1943, 1.^o vol., pág. 375; CARLOS FONTAN BALESTRA e MANUEL ALBERTO BAYALA, *La eximente de ebriedad en el Código Penal*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1947, vol. 64, pág. 884; ROGELIO E. CARRATALA, *Del delito y su relación con la determinación química del alcohol*, na *Revista de Direito*, Rio, 1939, vol. 134, pág. 3; A. ZERBOGLIO, *Imputabilità, responsabilità, ubriachezza volontaria*, em *Studi in onore di S. Longhi*, 1935, pág. 140; JOSÉ BELBEY, *Reacciones delictuosas de los alcoholistas*, Buenos Aires, 1933; R. VENDITTI, *L'illecito penale libero in causa*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milão, 1957, pág. 545; NARCÉLIO DE QUEIROZ, *Teoria da "actio libera in causa"*, Rio, 1936; LOURIVAL VILELA VIANA, *Embriguez no Direito Penal*, Belo Horizonte, 1949; com o mesmo título, ver outro trabalho do autor na *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, 1956, n.º 4, pág. 257; A. CÂMARA LEAL, *A embriguez e o novo Código Penal*, na *Revista Forense*, Rio, 1941, vol. 87, pág. 793; EVARISTO DE MORAES, *A embriguez e o alcoolismo*, Rio, 1933; ALCÂNTARA MACHADO, *A embriguez e a responsabilidade criminal*, São Paulo, 1894; DEMÉTRIO CYRÍACO FERREIRA TOURINHO, *Embriguez*, no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, sob a direção de J. M. DE CARVALHO SANTOS, Rio, vol. XX, pág. 65.
- 33 Assimiláveis nos efeitos, o caso fortuito e a força maior podem distinguir-se conceitualmente: naquele, não se evita o resultado porque é imprevisível; nesta, mesmo que seja previsível e até previsto, o resultado é inevitável.
- 34 Nesse sentido prevaleceram na Itália, a propósito de textos análogos aos nossos, a doutrina e a jurisprudência. Para uma síntese do problema, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, parte ger., Milão, 1947, pág. 329; R. PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, parte ger., Turim, 1950, pág. 586. Como adverte este último, da embriguez culposa pode resultar um crime doloso, assim como da embriguez dolosa pode resultar um crime culposo.
- 35 Advertindo que a simultaneidade entre o dolo e a ação não é condição absoluta da imputabilidade, CARRARA ponderou que a imputação não concerne àquilo que fez o *embrigado*, e sim o homem, quando em mente sã (*Programma*, § 343).
- 36 *Trattato di Diritto Penale italiano*, Turim, 1948, 1.^o vol., pág. 664. E aventa outras hipóteses: a do hipnotizado que delinqüe após haver combinado, com o hipnotizador, a preparação do estado de inconsciência; a do instigador ou sugestionador, que induz outrem ao crime e responde pelo fato, quaisquer que sejam as suas

condições espirituais no momento da ação, seja ou não um inconsciente o executor material.

- 37 Aceitamos irremistivelmente estas palavras de MANZINI: “O fato de colocar-se alguém no estado de incapacidade de entender ou de querer *por mera culpa* exclui não só o intento de ingressar em tal estado para cometer um delito, mas, outrossim, o intuito de procurar-se deliberadamente o referido estado por um escopo qualquer. Se a lei, como veremos, deixa subsistir a imputabilidade a título de dolo para os delitos cometidos em estado de embriaguez — ou em estado análogo provocado pelo uso de estupefacientes — mesmo quando tal estado seja culposamente adquirido, isso fez por motivos de política penat, que nada têm a ver com as *actiones liberae in causa*” (*Trattato*, Turim, 1948, 1.º vol., pág. 669).
- 38 O caso é típico de responsabilidade objetiva, ponderam comentadores da legislação italiana, fonte da nossa. “É um caso típico de responsabilidade objetiva, que a lei faz surgir de uma situação em que o agente vem a encontrar-se graças à sua conduta genericamente antinormativa. A essa conduta, que é a causa primeira de tudo o que sobrevém, o legislador liga o evento final, e liga-o mediante uma relação consequencial, pressupondo que quem quis a *causa causarum* deve ter querido o último anel da cadeia causal. Esse critério, de mera responsabilidade objetiva, não corresponde, por certo, à realidade, estabelece-se como um dos postulados fundamentais da luta contra o delito, como uma razão fundamental de inibição à conduta humana, no sentido de que os cidadãos, sabendo que os delitos cometidos em estado de embriaguez e sob a ação de substâncias estupefacientes se punem do mesmo modo que os outros, se absterão de embriagar-se ou de fazer uso de estupefacientes” (PIETRO MIRTO, *La riforma del Codice Penale nella valutazione qualitativa della delinquenza*, na coletânea *Il Codice Penale, nel primo decennio di attuazione*, Milão, 1942, 1.º vol., pág. 159).
- Leia-se, a propósito, o capítulo sobre a responsabilidade do embriagado em FILIPPO COLACE, *Imputabilità e pericolosità nel Codice Penale vigente*, Milão, 1938, pág. 40.
- 39 Consultem-se: HEDWIGE DE SKODA, *La répression internationale du trafic illicite des stupéfiants*, Lausanne, 1944; CARLOS GUERRA, *La perigosidad de los toxicómanos*, em *Archivos de Medicina Legal*, Buenos Aires, 1939, pág. 301; JUAN MARTÍN E. GONZÁLEZ, *El tráfico clandestino de estupefacientes*, em *Archivos de Medicina Legal*, Buenos Aires, 1939, pág. 141; IGNÁCIO PUIG, *Los estupefacientes*, em *Estudios de la Academia Literaria del Plata*, Buenos Aires, 1939, vol. 62, pág. 19; LOUIS VERVAECK, *La défense sociale contre les toxicomanes aux États-Unis*, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1936, pág. 562; ROBERT MILLIAT, *La cocaïne devant la loi pénale*, Besançon, 1925, 2.ª edição; CUNHA LOPES, *Toxicomanias*, Rio, 1939; PERNAMBUCO FILHO e ADAUTO BOTELHO, *Vícios sociais elegantes — estudo clínico, médico-legal e profilático*, Rio, 1924. De épocas relativamente próximas são os livros de JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *Entorpecentes — aspectos criminológicos e jurídico-penais*, São Paulo, 1963, e de JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCHINI, *Tóxicos — aplicações da lei n.º 5.726, de 1971*, São Paulo, 1973. O primeiro traz extensa bibliografia sobre a matéria. O segundo, escrito em torno da lei anterior à atual, contém observações que continuam oportunas. Comentaram a vigente lei n.º 6.368/76 os seguintes autores: PROTÁSIO DE CARVALHO, *A didática dos tóxicos*, Curitiba, 1977; SÉRGIO DE OLIVEIRA MEDICI, *Tóxicos*, Bauru, 1977; YOLANDA CATÃO e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Abuso de drogas na legislação penal brasileira*, Rio, 1976 (esse livro foi escrito quando ainda não vigorava a lei atual, mas apreciou-lhe os dispositivos então em projeto); VICENTE GRECO FILHO, *Tóxicos*, São Paulo, 1977; JOÃO DE DEUS LACERDA MENNA BARRETO, *Estudo geral da nova lei de tóxicos*, Rio, 1978; HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO e MARCO SEGRE, *Tóxicos — comentários à recente Lei n.º 6.368/76*, Bauru, 1978; MÁRIO GUARACI DE CARVALHO RANGEL, *Lei de tóxicos — comentários e aspectos internacionais*, Rio, 1978; EDEVALDO ALVES DA SILVA, *Tóxicos*, São Paulo, 1979.

Imputabilidade e responsabilidade penal

A imputabilidade é dos temas mais recorrentes ao longo da história do direito penal, mais precisamente da dogmática penal, já que guarda estreita relação com a determinação da responsabilidade penal, tema de indiscutível centralidade no estudo das consequências jurídicas do delito. Não por acaso, Basileu Garcia concede especial atenção à questão, discutindo a responsabilidade penal dos menores de 18 anos.

Historicamente três fórmulas sustentaram as razões para atenuar ou excluir a responsabilidade penal de menores de idade: o critério psicológico, o biológico ou cronológico e o misto. O primeiro atende à capacidade de discernimento do menor de idade no momento de cometer o fato delitivo, enquanto o segundo consiste em estabelecer um limite de anos abaixo do qual, de maneira automática, se exclui a responsabilidade criminal, e o terceiro combina ambos critérios, de tal sorte que não é suficiente possuir determinado número de anos, mas também se exige, no momento de cometimento do fato delitivo, que o sujeito careça da capacidade necessária para compreender a ilicitude do fato e atuar conforme essa compreensão.

A primeira fórmula é retomada por Basileu Garcia a partir da disciplina do Código Penal de 1890, no qual os marcos se estabeleciam entre 9 e 14 anos, sendo que até os 9 anos vigia a completa irresponsabilidade do menor de 18 anos.² Na faixa dos 9 aos 14 anos, a responsabilização era condicionada à demonstração do discernimento. Como ponderava Octaviano Vieira, o discernimento era definido à época como a maturidade do juízo, aquilo que coloca o sujeito em posição de apreciar com retidão e critério as suas próprias ações.³

Nas faixas seguintes, dos 14 aos 17 anos, o discernimento era sempre presumido, o que resultava na diminuição de dois terços das penas cominadas aos adultos. Dos 17 aos 21 anos, havia a imposição das mesmas penas dos adultos, porém com atenuantes.⁴

Devemos observar que, de um lado, uma presunção *iuris et iure* de exclusão da responsabilidade criminal para uma primeira idade foi uma tendência universal, que de certo modo ainda se mantém,⁵ e de outro, que a discussão do discernimento marcou o que denominamos de “Etapa Penal Indiferenciada do Direito Penal Juvenil”, uma vez que as penas aplicáveis aos menores de 18 anos eram as mesmas dos adultos, sendo inclusive aplicadas pela mesma jurisdição penal e muitas vezes executadas nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos.

Portanto, na “Etapa Penal Indiferenciada do Direito Penal Juvenil”, podemos facilmente identificar uma fase de plena inimputabilidade correspondente à infância e outra de inimputabilidade condicionada correspondente à adolescência, na qual a pedra angular foi o discernimento.⁶

O discernimento, por sua vez, nunca teve uma definição válida e uniforme, apesar de muitos esforços. Por isso, o jurista Alimena assinalava que “talvez não exista outra questão em Direito Penal em que seja maior a discordância de opiniões”.⁷ Os distintos critérios, por exemplo, formulados por Jiménez de Asúa, de discernimiento jurídico, moral, incluindo o social compreendido como conceito social de conteúdo educativo e considerando o entorno social do menor,⁸ na verdade, funcionavam conforme a conveniência de apreciação do Tribunal, ou seja, quando se acreditava que as penas poderiam ser úteis para os menores, a maior parte dos processos terminavam com a

declaração do discernimento, e, do mesmo modo, quando se assinalava a inutilidade das penas em razão dos efeitos prejudiciais da prisão, a maior parte dos processos terminava com a negação da existência do discernimento, como destacava Alimena⁹ e também vemos nas ponderações do mestre Basileu Garcia.

É importante, portanto, observar que, com a aparição em 1920 dos primeiros Tribunais e Códigos de Menores, tem início um estudo do menor de idade a partir de uma perspectiva psicológica e psiquiátrica correspondente, de um lado, ao positivismo criminológico que se origina ao final do século XIX e, de outro, com o correccionalismo, cujo principal representante foi o espanhol Dorado Montero.

Resumidamente, podemos afirmar que essa etapa de especialização da matéria em um *Direito de Menores* teve como consequência a adoção do critério biológico puro (em oposição ao critério bio-psicológico) como causa de inimputabilidade, e a consequente superação do discernimento, uma vez que o elemento cronológico é um fato indiscutível que exclui qualquer questionamento acerca das capacidades intelectivas ou volitivas do sujeito com respeito a compreender o significado ilícito de seus atos.

Muito embora a eleição de um critério biológico ou cronológico puro possa ser compreendida como mais respeitosa da taxatividade que o princípio da legalidade exige, por outro lado foi o que permitiu, com base no correccionalismo e na crença na reeducação do menor de idade, a construção de um sistema supostamente não-penal, mas ainda mais repressivo. A vigência das legislações de menores e seus respectivos tribunais especiais se basearam nas idéias de prevenção e proteção. As palavras de Dorado Montero são especialmente ilustrativas: “o Direito Penal desapareceu em relação às crianças e aos jovens delinquentes, e se converteu em uma obra benéfica e humanitária, em um capítulo, se pode dizer, da pedagogia, da psiquiatria e da arte do bom governo”.¹⁰

Na descrição de Basileu acerca do conjunto de normas que se produziu nessa etapa do Direito Penal Juvenil, que convencionou-se chamar de Tutelar, destaca-se o papel conferido à periculosidade.

Como sublinha Muñoz Conde, a periculosidade no lugar da culpabilidade permite a repressão de condutas à margem do princípio da legalidade. Sob o manto da periculosidade, a intervenção do Estado sobre adolescentes menores de 18 anos se realizou por meio do binômio menoridade/periculosidade de forma praticamente ilimitada, como no caso dos doentes mentais.¹¹ O próprio Basileu indica a incoerência e contradição do sistema que ao conferir maior significado à periculosidade permitia internar por tempo mais prolongado o autor de infração menos grave.

Curiosamente, apesar das reformas legislativas atuais, fortemente influenciadas pela Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente das Nações Unidas de 1989, tal distorção ainda se observa em diversos sistemas de justiça juvenil, como é o caso brasileiro.

Apesar da adoção de uma nova legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que superou por completo a doutrina da situação irregular,¹² se manteve a indeterminação das medidas aplicadas, cujo prazo se define pela avaliação psicológica e social do adolescente, via de regra avaliada por um psicólogo ou assistente social.

Também como se depreende da redação dos arts. 26 e 27 do Código Penal Brasileiro vigente, a imputabilidade não possui definição, e sim sua negativa. Aliás, o que ocorre na maioria dos Códigos Penais atuais.¹³ A técnica legislativa de estabelecimento de marcos ou limites para a imputabilidade, definindo as categorias de inimputabilidade ou semi-imputabilidade a partir de uma enumeração dos sujeitos, deixa à doutrina a tarefa de sua delimitação conceitual.

Na história da ciência jurídico-penal podemos observar distintas concepções da imputabilidade,¹⁴ como: 1. capacidade de ação; 2. capacidade jurídica de dever; 3. capacidade de pena; 4. capacidade de entender e querer; 5. capacidade de compreender a ilicitude do fato e de atuar conforme esta compreensão (doutrina majoritária atual); e 6. capacidade de motivação ou normalidade motivacional.

O que temos de concreto, no entanto, é que as leis adotadas a partir dos anos 1990 em quase todo o mundo, de maneira geral, reconhecem um tipo de responsabilidade distinta das relativas ao adulto para os menores de idade, que são concebidos desde logo como responsáveis por seus atos.

A tentativa foi a de superar a concepção do menor de idade como um ser inferior ou débil. Assim como descreveu Andrés Ibáñez, a Escola Correcionalista concebia o menor como um “adulto incompleto”, sem reconhecer seu grau de maturidade específico e seu desenvolvimento de acordo com sua idade.¹⁵

Esta parece ser a questão fundamental: a manutenção do critério biológico nas legislações atuais, porém a adoção de um tratamento do menor de idade como sujeito de direitos e de seus atos.

Referências

- ALIMENA, B. *Principios de derecho penal*. Trad. y anotado por E. Cuello Calón. Madrid, 1916. v. II. t. I.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: Burillo, J. Jiménez; Clemente, M. (Comp.). *Psicología social y sistema penal*. Madrid, 1986.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español* — Parte general. Teoría jurídica del delito. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. t. III.
- JIMENEZ DE ASÚA, L. *La delincuencia juvenil y los tribunales para niños*. Montevideo, 1929.
- JIMENEZ DE ASÚA, L.; ANTÓN ONCEA, J. *Derecho penal conforme al Código Penal de 1928*. Parte General. Madrid, 1929. t. I.
- MARTINEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- MONTERO, Dorado. *Los peritos médicos y la justicia criminal*. Madrid, 1905.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- ROSA, Ventas Sastre. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- SPOSATO, Karyna B. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

1 Mestre em Direito Penal pela USP e Doutoranda do Programa Problemas Atuais do Direito Penal e da Criminologia da Universidade Pablo de Olavide — Sevilla/Espanha.

2 SPOSATO, Karyna B. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006. p. 31.

3 SPOSATO, Karyna B. *O direito penal juvenil*, p. 31.

4 SPOSATO, Karyna B. *O direito penal juvenil*, p. 31.

5 O critério etário do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990, de que abaixo dos 12 anos a criança

não pratica ato infracional, e portanto não pode ser submetida a uma medida socioeducativa, é um exemplo incontestado.

- 6 Entre outros, JIMENEZ DE ASÚA, L. *La delincuencia juvenil y los tribunales para niños*. Montevideo, 1929. p. 4, advertia sobre a importância do discernimento como “pedra angular da inimputabilidade dos menores”.
- 7 Cfr. ALIMENA, B. *Principios de derecho penal*. Trad. y anotado por E. Cuello Calón. Madrid, 1916. v. II. t. I. p. 88 apud ROSA, Ventas Sastre. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- 8 Consta que Jiménez de Asúa há distinguido quatro orientaciones para el término discernimiento. El jurídico basado en la inteligencia de la antijuricidad del acto; el moral entendido como la inteligencia para diferenciar el bien del mal y también el justo de lo injusto; un tercero criterio que combina los anteriores, moral y jurídico y por fin el discernimiento social basado en el carácter e instintos del menor y su entorno. Cfr. JIMENEZ DE ASÚA, L.; ANTÓN ONCEA, J. *Derecho penal conforme al Código Penal de 1928*. Parte General. Madrid, 1929. t. I, p. 238 y ss.
- 9 ALIMENA, B. *Principios de derecho penal*, p. 88 apud ROSA, Ventas Sastre. *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*.
- 10 Cfr. MONTERO, Dorado. *Los peritos médicos y la justicia criminal*. Madrid, 1905. p. 211.
- 11 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- 12 Conforme descreviam os Códigos de Menores, a situação irregular era compreendida como a situação de perigo, abandono ou perversão.
- 13 Como destaca Cerezo Mir, no Código Penal espanhol, como na maior parte dos Códigos Penais europeus, não se define a imputabilidade. A exceção é o Código Penal italiano, cujo art. 85, § 2.º, estabelece a imputabilidade como capacidade de entender e de querer. (CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español* — Parte general. Teoría jurídica del delito. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. t. III, p. 50). O mencionado artigo estabelece: “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha comeos, non era imputabile. É imputabile chi ha la capacità d’intendere e di volere”. (Ninguém pode ser castigado por um fato previsto em lei como delito, se, no momento do cometimento era inimputável. É imputável, aquele que tem a capacidade de entender e querer).
- 14 Como assinala Lucía Martínez Garay, observa-se uma evolução histórica bastante agitada do conceito de imputabilidade, situado em praticamente todas as categorias dogmáticas que já existiram. O exemplo da doutrina alemã é suficiente: nesse país, a imputabilidade foi considerada sucessivamente capacidade de pena, capacidade de ação, capacidade de dever e com esse pressuposto de antijuridicidade, capacidade de delito e capacidade de culpabilidade. (MARTINEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 77).
- 15 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada. In: Burillo, J. Jiménez; Clemente, M. (Comp.). *Psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza, 1986. p. 219.

XI

A CO-DELINQUÊNCIA

Sumário

115 — Conceito e âmbito. 116 — Participação principal e secundária. 117 — Formas de autoria no Direito anterior. 118 — A cumplicidade segundo o Código de 1890. 119 — Excesso no mandato criminal. 120 — Aplicação do art. 25 do atual estatuto [1940]. 121 — Exceções pluralísticas do princípio unitário. 122 — Conselho para delinquir. 123 — Falta de coincidência entre o mandato e a execução. 124 — Participação em projeto criminoso não concretizado. 125 — Autoria incerta. 126 — Comunicabilidade das circunstâncias do delito. 127 — Delinquência associada e crimes das multidões.

Introdução

A disciplina do concurso de agentes, a despeito da aparente continuidade em relação ao Código de 1940, conheceu grandes mudanças com o advento da parte geral de 1984.

De um lado, manteve-se, tal qual no Código anterior, a teoria monista, segundo a qual “todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente” (BITTENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2000: 486). Tal opção justifica-se diante da preservação, no Código de 1984, da teoria da equivalência das condições (art. 13, 2.^a parte), que afirma ser a causa do crime toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Afinal, se todas as causas do crime são equivalentes entre si, não haveria como diferenciar a “contribuição causal” de cada um dos participantes da empreitada

delitiva. É esse o sentido da primeira parte do art. 29 do Código atual: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

No entanto, visando a flexibilizar os rigores da obtusa teoria monística — responsável, segundo a Exposição de Motivos, por muitas decisões “reconhecidamente injustas” (n.º 25) —, a comissão de reforma de 1984 fez inserir no texto do Código alguns dispositivos que, na prática, implicam o reconhecimento da figura do partícipe no direito penal brasileiro.

O primeiro desses é a parte final do art. 29: à primeira parte do artigo, que aliás é reprodução *ipsis literis* do Código de 1940, foi acrescida a expressão “na medida de sua culpabilidade”. Dessa forma, quem concorre de qualquer forma para o crime responde por ele, na medida de sua culpabilidade. Por isso, anota Reale Jr. que a causalidade não mais “guarda o monopólio da definição da ocorrência do concurso de pessoas” (2002: 319); pela obstinação da comissão de reforma em fazer valer por todo o projeto de Código o princípio da culpabilidade (Exposição de Motivos, n.º 18), ela é hoje ladeada pela culpabilidade — esta, certamente, a protagonista desse dueto.

Outro importante passo na diferenciação da situação penal de autores e partícipes foi o reconhecimento, no § 1.º do art. 29, da participação de menor importância como causa de diminuição de pena: com esse *status*, a pena do partícipe pode ficar aquém do mínimo legal, o que não ocorria na sistemática do Código de 1940.

Outra importante inovação trazida pela reforma de 1984 foi o tratamento claro da adesão subjetiva a crime menos grave. Como é o acordo de vontades o mais importante elemento da disciplina do concurso de agentes, o agente que houver aderido à prática de crime menos grave não responderá por resultado mais grave que eventualmente ocorra (art. 29, § 2.º). Buscou-se, assim, eliminar de nosso sistema penal resquícios incompatíveis com um direito penal fundado na culpabilidade, como a responsabilização penal

objetiva e o princípio do *versari in re illicita* (REALE JR., 2002: 326).

Ver também, sobre essas questões, o texto de Marta Rodriguez de Assis Machado — A definição da conduta típica: entre a superação da causalidade e a construção de teorias normativas para a imputação objetiva — ao final do Capítulo VII.

115 — A co-delinquência¹ tem sido definida como a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. Há, na hipótese, um concurso de delinquentes, que não se confunde com o concurso de delitos. Este ocorre quando várias infrações são cometidas por um indivíduo. No instituto que ora estudamos dá-se a conjugação de atividades de diversos infratores na mesma infração.

Aquele tradicional conceito lembra o dolo, pelos seus componentes. Tem-se, não obstante, defendido a configurabilidade do concurso em crime culposos, no qual os elementos consciência e vontade, embora não tendam ao evento, informam a conduta que o antecede e, assim, podem correlacionar e unir diversos agentes. A co-delinquência em crime culposos seria, pois, a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas em determinada conduta, de que advém, por imprudência, negligência ou imperícia, imputável a cada um dos partícipes, um evento lesivo. Faz-se esta distinção: em alguns casos, há simples simultaneidade de culpas (por exemplo, dois veículos, dirigidos sem cautela, colidem numa esquina), ao passo que em outros casos se observa um vínculo psicológico no comportamento antecedente. Só existindo esse vínculo haverá co-autoria.

Ninguém duvida de que possa um delito culposos ser cometido por duas pessoas, conjuntamente. O que se tem contestado é a realidade da interpenetração do elemento subjetivo com que procedem os delinquentes e, em consequência, o interesse prático do assunto. Nos crimes dolosos, um nexos ideológico, efetivamente orientado para o evento, congrega os participantes, e daí provêm variadas dificuldades, que os princípios e a lei procuram resolver, no plano de uma complexa teoria. Nos crimes culposos, argúi-se, desinteressados de um resultado lesivo os agentes, as suas culpas paralelas podem ser separadamente apreciadas.

A *Exposição de motivos*, declarando ser bastante, sob o aspecto subjetivo, para cada agente, o “conhecimento de concorrer à ação de outrem”, acrescenta que “fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em crime culposos, pois neste tanto é possível a *cooperação material*, quanto a *cooperação psicológica*, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não *querendo* o evento final, tem *consciência de cooperar na ação*”.

Tal comentário é mais explícito que o Código, o qual não apresenta disposição alguma dedicada, direta e expressamente, a eliminar, no Direito positivo, o velho debate doutrinário.

O estatuto penal oferece mesmo um argumento adverso à aludida tese. Os exemplos de cooperação na conduta preexistente são às vezes impressionantes: para que *C* ateie fogo, *A* corta lenha, *B* recolhe-a, todos sabedores de que, dada a impropriedade do lugar, a fogueira se converterá (e converte-se) em incêndio; dois operários — assim realizando ação para a qual não bastaria a força de um — atiram, de um prédio à rua, pesada viga, que atinge e mata um transeunte; diversos indivíduos, para divertir-se à custa de um ébrio, fazem-no beber em demasia e causam-lhe, involuntariamente, a morte, tendo, na imprudência, a adesão do dono do bar em que a ocorrência sucede.² E mais este, a cada passo repetido: o patrão determina ou instiga o seu motorista a exceder-se em velocidade, assim concorrendo para o atropelamento de um pedestre. Haverá caso de *cooperação* (com consciência e vontade) mais nítido que esse último? Ora, o interesse prático de afirmar-se o concurso decorreria do cabimento de uma agravante para o instigador. A circunstância a discutir-se acha-se em nosso Código, no art. 45, n.º III. No entanto, o seu conceito é impróprio à aplicação em crime culposos. A pena é aumentada em relação ao agente que “instiga ou determina *a cometer o crime* alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal”. O *crime* não é apenas a atividade imprudente, e sim o de homicídio culposos, ou lesões culposas (conduta mais evento). Só por indevida extensão se faria uso desse texto, que parece votado exclusivamente aos crimes dolosos.

Parte Geral de 1984, art. 62, n.º III

Entre as atenuantes, inscreve-se a de ter sido de somenos importância a cooperação no crime (art. 48, n.º II). Essa circunstância, sim, já é mais apropriadamente aplicável: em favor de alguém que, estando em condições de prever o resultado culposamente lesivo, concorreu para este, ao participar ciente e voluntariamente da atividade que antecede o evento. Devido à presença dessa atenuante no Código, conclui-se que o concurso em crime culposos oferece, em nosso Direito, alguma consequência prática. Bastante restrita, todavia. Porque ao aquilatar a cooperação de *somenos* importância, pouco ponderável nos crimes culposos graças à falta de propósito criminoso e à menor gravidade do fato, comumente se inclinará o juiz a dispensar a pena, pondo em dúvida o valor do nexo causal.³

Parte Geral de 1984, art. 29, § 1.º

A participação de menor importância não é mais circunstância atenuante, e figura agora como causa de diminuição de pena (art. 29, § 1.º). Isso possibilita que a pena do partícipe fique aquém do mínimo legal previsto para o autor, o

que ajuda a reforçar a distinção entre um e outro que faz o Código em vigor. A esse respeito, ver adiante o item n.º 120.

Não obstante nem a Exposição de Motivos da parte geral de 1984, nem tampouco o próprio texto legal façam menção ao tema, a doutrina tradicional segue admitindo a possibilidade de co-autoria em crimes culposos, com fundamento no vínculo psicológico eventualmente existente entre os sujeitos na ocasião da violação do dever de cuidado, somado à contribuição causal de cada um na produção do resultado lesivo (MIRABETE, 2001: 234-236). Há quem defenda, no entanto, que a conduta culposa não é fracionável, de modo que não se pode decompor o dever de cuidado objetivo entre os vários sujeitos envolvidos. (BATISTA, 1979: 62; PIERANGELI, 1992: 74). Com relação à participação nos crimes culposos, há quem a refute, à medida que qualquer forma de instigação ou cumplicidade constituiria, em si mesma, uma causa do resultado ocasionado pela violação do dever de cuidado, conduzindo à autoria (ZAFFARONI, 2004: 642) e há quem a reconheça somente na modalidade de instigação (PRADO, 2002: 398) ou em sua integralidade (REALE JR., 2002: 324).

Na mesma ação delituosa podem intervir agentes com diverso elemento subjetivo, e cada um responderá pelo crime que cometeu, não cabendo falar em concurso doloso num crime culposos, ou, vice-versa, num concurso culposos em crime doloso. Exemplificando: o homicídio será culposos em relação a A e doloso em relação a B, se este, com ânimo homicida, entrega àquele um revólver carregado, levando-o a apontar e desfechar para a vítima, por simples gracejo, que se torna fatal.

Pode suceder que uma pessoa tome parte em delito de outrem sem que haja co-delinquência. É o que se dará se a participação não for ciente e voluntária, como, por exemplo, quando o agente consegue que outra pessoa, induzida em erro essencial, execute determinados atos, necessários à ação delituosa. Suponha-se que um negociante, para eliminar uma família, engane a cozinheira da casa, fornecendo-lhe arsênico, como se fosse sal de cozinha. E este exemplo: o agente sugere o crime a um louco, que o pratica a coberto de responsabilidade. Autor exclusivo seria quem ideou o crime e se prevaleceu do enfermo mental como simples instrumento. Também não haveria o fenômeno jurídico da co-delinquência se o executor fosse um menor de 18 anos, igualmente considerado irresponsável, perante o Direito Penal. Nesses casos, o indivíduo que promove o crime é designado como autor mediato.⁴

Certos delitos só podem ser praticados por mais de um agente. Citamos, a propósito, a rixa e a infração denominada quadrilha ou bando. Também o duelo, nos códigos que, ao contrário do nosso, o configuram como infração especial. Esses delitos, de concurso necessário, intitulam-se, modernamente, plurissubjetivos.⁵ Os participantes necessários não são co-autores, propriamente, e sim, diretamente, autores. Pode-se, contudo, estabelecer o liame de co-autoria com algum eventual colaborador.

A questão do concurso de pessoas nos crimes omissivos se equaciona de maneira bastante semelhante ao tratamento reservado à matéria no tocante aos crimes culposos. Não há que se falar em co-autoria, eis que a divisão do trabalho que lhe é característica não se verifica, pelo simples fato de o dever de agir ínsito à configuração dos crimes omissivos ser, essencialmente, individual e indecomponível (JESUS, 2001). De modo análogo, a instigação — que, nos crimes omissivos se dá sob a forma da dissuasão — não é possível. Aquele que dissuade pessoa que se encontre em posição de garante a se omitir diante de alguma circunstância em que tivesse o dever de agir responde não como partícipe de crime omissivo, mas como autor de crime comissivo — se, por exemplo, uma pessoa dissuade um salva-vidas de resgatar uma pessoa que está se afogando, ocasionando a sua morte, responderá por homicídio, independentemente da responsabilidade do salva-vidas. (PACHECO, 1995: 393; PRADO, 2002: 398).

116 — É comum dividir-se a participação criminosa em principal e secundária. Os que tomam parte em um mesmo crime chamam-se autores se a participação é principal; e cúmplices, se secundária. Essa distinção figurava no Código de 90, mas o atual a aboliu. Para o vigente estatuto, todos são autores e respondem igualmente pelo crime.

Como já comentado, a parte geral de 1984 voltou a distinguir entre autoria e participação, como fazia o Código de 1890, que distinguia entre autores e cúmplices. A opção vem justificada na Exposição de Motivos: “Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação”. Daí a importância da expressão “na medida de sua culpabilidade” ao final do *caput* do citado artigo.

A classificação dos agentes do mesmo crime em autores e cúmplices prende-se à causalidade material. Ficou frisado que o Código de 40 adotou, nesse setor, o princípio da equivalência das condições. Todas as condições — e cada uma delas de per si — determinam o evento. Seja elevado ou pequeno o dinamismo da condição, vale como causadora do resultado. Diz o art. 11, na sua segunda parte, que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Basta que determinada atividade seja condição do resultado, concorrendo para a sua

verificação, para que se repete causa desse resultado. O ato de uma pessoa que contribuísse, como simples auxiliar, para a obtenção de um resultado criminoso, não deixaria de ser causa do resultado. Se alguém coadjuvou no crime com certa parcela de ação, embora mínima, criando assim uma condição do acontecimento delituoso, foi seu causador, nos termos do art. 11. Se o causou, deve responder como autor.

É verdade que a teoria da equivalência das condições nem sempre tem sido havida como determinante obrigatória dessa diretriz. Tal doutrina remonta à filosofia naturalista de STUART MILL, que sustentava serem todos os antecedentes por igual importantes para a produção do resultado, o qual depende de todos eles. Mas no campo do Direito Penal, para onde a concepção foi transportada, da lógica, por VON BURI, surgiu a questão de saber se conduzia infalivelmente a assimilar os participantes do delito, se obrigava a suprimir-se a classificação dos agentes em principais e secundários. Não poucos criminalistas, partidários da doutrina da equivalência das condições, mantiveram a distinção. Assim, o próprio VON BURI. Mas, achando impossível estabelecê-la do ponto de vista material, porque por esse aspecto se dava a identificação dos contingentes causais, operava-a do ponto de vista subjetivo do crime.

Vários critérios foram propostos para a diversificação subjetiva. Alguns escritores, encarando o dolo, manifestam que o autor procede *animo auctoris*, isto é, com a intenção de ser autor do fato, ao passo que o cúmplice procede *animo socii*, com o propósito de realizar participação acessória. Outros afirmam que o autor age em interesse próprio; e o cúmplice, em interesse alheio.

O sistema acolhido pelo nosso Código aumenta as já grandes responsabilidades do juiz na aplicação da pena. Sendo os autores e cúmplices equiparados, devendo, portanto, em tese, sofrer iguais medidas punitivas, só mesmo fazendo uso do seu poder discricionário, na escolha da pena entre os limites extremos, conseguirá o magistrado adequá-la ao variável valor das diversas contribuições delituosas. Embora a lei não a preveja, a diferença, verdadeiramente, existe. COSTA E SILVA observou que a unificação dos participantes do delito em uma só categoria lembrava certo cardeal português que, ao tempo do rei D. João V, pensou evitar as tempestades cancelando-as do calendário do ano. A realidade não se suprime.

No seu *Tratado de Direito Penal*, MANZINI faz esta interessante crítica à orientação do Código italiano, idêntica à do nosso estatuto, sobre esse ponto: “Nem se poderia justificar o sistema adotado com o argumento de que toda condição de um efeito é sua causa. Não é com postulados filosóficos que se podem decidir semelhantes questões, mas com a consideração concreta da quantidade, qualidade e eficácia da atividade individual que coopera no delito. Não é tarefa do Direito Penal avaliar, abstrata e unitariamente, o processo produtor do delito; devemos sobretudo analisar esse processo em relação com a ação e a responsabilidade individuais”.

ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, à pág. 66 do mais atualizado livro publicado no Brasil sobre o concurso de delinquentes, *A co-delinquência no Direito Penal brasileiro*, de 1976, assim se pronuncia a respeito do problema: “Acreditamos, porém que mais acertadamente teria disposto o legislador de 1940 se houvesse conservado a tradicional divisão dos co-participantes em autores e cúmplices, mesmo porque a autoria e a cumplicidade constituem duas inconfundíveis e inarredáveis realidades”.

O Código de 1890 estabelecia a diferenciação, dizendo, no art. 17: “Os agentes do crime são autores ou cúmplices”. E o art. 18: “São autores: § 1.º) os que diretamente resolverem e executarem o crime; § 2.º) os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo, por meio de dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência de superioridade hierárquica; § 3.º) os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio sem o qual o crime não seria cometido; § 4.º) os que diretamente executarem o crime por outrem resolvido”. Quanto aos cúmplices, advertia o art. 21: “Serão cúmplices: § 1.º) os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para cometê-lo, e prestarem auxílio à sua execução; § 2.º) os que, antes ou durante a execução, prometerem ao criminoso auxílio para evadir-se, ocultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestígios; § 3.º) os que receberem, ocultarem ou comprarem coisas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabê-lo, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem; § 4.º) os que derem asilo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como tais e o fim para que se reúnem”.

Como já foi dito, o legislador de 1984 manteve-se filiado à teoria da equivalência das condições, consoante o art. 13 do atual Código, que reza: “o resultado, de que depende o crime, é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. No entanto, buscou a comissão de reforma de 1984 adequar a rigidez desse dispositivo ao princípio da culpabilidade, que se estende por todo o Código (Exposição de Motivos, n.º 18). Assim, além de temperar o próprio tratamento do nexo de causalidade — ao afirmar, vez por todas, a não responsabilização pelo resultado final nas hipóteses de superveniência de causa relativamente independente (art. 13, § 1.º) —, o Código de 1984 incorporou também a figura do partícipe, ao admitir que a participação de menor importância seja apenas em quantidade inferior ao mínimo legal, dado tratar-se de causa de diminuição de pena (art. 29, § 1.º).

117 — Havia, pois, nesse Código, diversas disposições em que se enquadrava a autoria e outras várias em que se definia a cumplicidade. Seriam autores, em primeiro lugar, os que resolvessem e executassem diretamente o crime. O dispositivo aplicava-se ao caso geral, em que o sujeito ativo procedia sem qualquer auxílio estranho — deliberando e agindo. O § 2.º tratava da autoria intelectual, referindo-se aos que, tendo resolvido a execução do crime, provocassem ou determinassem outros a executá-lo, por meio de dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência de superioridade hierárquica. Chama-se autor intelectual ou psíquico o que determina a atuação criminosa; e autor material ou físico o que pratica a infração. Ao autor material era atinente o § 4.º do art. 18.

É útil uma rápida revista no sistema do Direito anterior sobre o assunto, porque as disposições do atual Código [1940] são resumidas e não aludem a certos aspectos que surgiam, de modo mais manifesto, à leitura do precedente estatuto. Examinemos as diversas questões à luz dos princípios substituídos, para ver se os textos novos, embora sem referência expressa, permitem solucioná-las — e como. Haverá ainda outra utilidade: daremos ênfase a uma nomenclatura que não perece e que o Código de 1940 insuficientemente sugere.

A respeito da autoria intelectual, muito se discutia no sistema do Código antigo [1890] se aqueles meios indicados no art. 18, § 2.º, representavam uma enumeração exaustiva e circunscrita. Há diferença, mais ou menos acentuada, entre as várias modalidades. No caso da promessa, a recompensa será futura, e não imediatamente concreta, como na dádiva. O mandato é o chamado *pactum sceleris* — acordo entre o autor intelectual e o autor material do crime, um contrato cujos elementos são a proposta, a aceitação e a execução. Falava o Código de 90 em ameaças, constrangimento ou influência de superioridade hierárquica. Essas manifestações estão muito relacionadas. A ameaça é, mesmo, sempre uma forma de constrangimento — o de natureza moral. A ameaça e o constrangimento físico podem coartar de todo, ou não, a vontade do agente. Se há abolição da sua vontade, a responsabilidade criminal cabe exclusivamente ao constrangedor.

O velho Código [1890] fez uma enumeração minuciosa das maneiras de se manifestar a autoria intelectual. Mas não foi completo, e não se sabia se a enumeração deveria reputar-se taxativa ou simplesmente exemplificativa. Geralmente se entendia que era taxativa. O conselho, como influência criminosa, aí não estava incluído.

Em um processo efetuado em comarca do interior, referente ao homicídio de que fora vítima o prefeito municipal, não se conformou o promotor com a sentença do juiz, que excluía da pronúncia dois indivíduos, denunciados como co-autores. Um tinha fornecido dinheiro ao executor do homicídio para comprar uma faca e o outro o havia aconselhado a executar o crime. Estava isso bem provado. Sustentava o acusador que ambos deviam ser responsabilizados, na qualidade de co-autores. Tendo de dar parecer no caso, opinamos que o conselho para a prática do crime não era previsto como forma de autoria intelectual, mas afirmamos também — e o Tribunal de Justiça a acolheu — a tese de que ocorria na espécie uma forma de auxílio moral, punível, como cumplicidade, pelo art. 21 do Código de 1890. Quanto ao réu que havia fornecido, para o executor comprar uma faca, dinheiro realmente utilizado nesse fim, sustentamos que não havia praticado atos dos quais se pudesse considerar autor, embora dispusesse o § 3.º do art. 18 serem autores os que, antes e durante a execução, prestassem auxílio sem o qual o crime não seria cometido. É que o crime não fora praticado com a faca, mas a tiros de revólver. Munira-se o agente de arma de fogo e instrumento pérfuro-cortante, que, todavia, não chegou a ser empregado. O auxílio não se revelara, pois, essencial, mas sim secundário, embora sensível, porque por aquela forma o auxiliar havia aumentado a coragem do criminoso, reforçando-lhe o propósito malfazejo, influenciando, portanto, na execução do homicídio. Ambos foram pronunciados, pelo Tribunal, como cúmplices, e depois absolvidos pelo Júri.

O § 3.º do art. 18 declarava autores os que, antes e durante a execução,

prestassem auxílio sem o qual o crime não seria cometido. Sempre se entendeu que a conjunção aditiva — e, nesse texto, se empregava pela disjuntiva — ou, o que, aliás, era comum na defeituosa redação do Código de 1890. No caso citado, se o crime tivesse sido cometido a golpes de faca, deveria entender-se que aquele que forneceu a arma ao criminoso havia sido auxiliar indispensável, e então responderia como co-autor. Também o indivíduo que numa agressão segurasse a vítima, para que não se pudesse defender, seria um auxiliar indispensável.

Não se afigurava fácil, entretanto, delimitar com segurança o auxílio indispensável, porque em abstrato quase nenhum auxílio o é, e em concreto toda cooperação poderá como tal ser considerada. Em abstrato, uma condição importante para o crime pode parecer de menor eficácia. Assim a condição de alguém fornecer a arma para a prática do crime, em abstrato, poderá ser tida como não essencial: o autor poderia usar de outra arma.

Os criminalistas, geralmente, resolviam a questão tendo na conta de auxílio necessário ou indispensável todo aquele sem o qual o crime não se teria dado nas circunstâncias e na ocasião em que se realizou, por aquela forma em que se verificou.

O Código de 90, como se vê, equiparava (e mais logicamente o faz o atual Código [1940]) os autores intelectuais e materiais. Ambos eram punidos com as mesmas penas. Escritores sustentaram que a responsabilidade do executor é maior, porque, ao passo que o autor intelectual tão-somente quer o crime (tendo, portanto, uma responsabilidade moral), o seu parceiro o executa e quer também, porque para perpetrá-lo é preciso querê-lo, pelo menos adotar a volição alheia. Outros penalistas opinaram ser mais reprovável a atitude do que induza alguém a praticar um crime. Há boas razões nos dois campos. Mais acertado é considerar ambos os autores — o material e o intelectual — igualmente responsáveis. Mesmo reconhecendo-se a conveniência prática da equiparação, deve-se convir em que o autor material é mais nocivo do que o autor intelectual, por ser indivíduo inteiramente amoral, levado ao crime geralmente pela cobiça, pela tentação do dinheiro. Uma pessoa que assim procede é necessariamente privada de senso moral. Conquanto a ação do instigador seja profundamente condenável e deva ser rigorosamente punida, não é incompatível, em alguns casos, com motivos menos indignos, e até, às vezes, de natureza social. Por exemplo: o pai sertanejo que manda preparar uma tocaia para eliminar aquele que lhe seduziu a filha, ou para assassinar o genro que sevicia a esposa, é de crer-se sob o efeito do afeto pela família. Ao passo que o executor, movido pelo dinheiro, é sempre abjeto. Quem se defrontar com numerosos delinquentes — alguns responsabilizados como autores intelectuais e outros como autores materiais — convencer-se-á de que esses últimos são de pior espécie.

O Código Penal de 1984 também acolhe a possibilidade de autoria intelectual. Na disciplina do concurso de pessoas (Título IV), admite-se expressamente a punibilidade daquele que ajusta, determina ou instiga a prática de crime, desde que o delito chegue a ser ao menos tentado, conforme o disposto no art. 31.

Na sistemática introduzida em 1984, o chamado “autor

intelectual” é, desde que não detenha o domínio funcional do fato, considerado partícipe, na forma de instigação por determinação. No entanto, sua pena pode ser aumentada por força da circunstância agravante prevista no art. 62, inc. II.

A antiga doutrina clássica desdobrava em cinco tipos as formas de instigação: mandato, coação, ordem, conselho e sociedade. Segundo essa doutrina, o mandato é a incumbência para delinquir. A coação constitui um mandato qualificado pelo meio — constrangimento físico ou moral (ameaça), havendo, pois, um abuso de força. A ordem representa um mandato qualificado ainda pelo meio — o abuso de autoridade, do superior, relativamente ao inferior. Caracteriza-se o conselho pela influência psicológica exercida na exclusiva utilidade do executor, ao passo que nas formas anteriores a utilidade é, preferentemente, do idealizador da ação criminosa. A sociedade é o pacto entre duas ou mais pessoas com o fim de consumir um delito em utilidade de todos os associados.

Como se vê, o nosso antigo Código Penal [1890] não atendia, rigorosamente, a essa estruturação da matéria. Nem obedecia, também, à distinção clássica, possível entre as expressões autor, co-autor e cúmplice. Na doutrina tradicional, autor é o agente que realiza o ato consumativo do delito. No homicídio, por exemplo, é o indivíduo que desfere os tiros, ou golpeia com o punhal, ou ministra o tóxico que produzirá a morte. Co-autor é todo aquele que colabora diretamente no ato consumativo. Cúmplice, o participante não enquadrável nas duas precedentes categorias. De acordo com esse sistema, o mandante não seria autor, nem mesmo co-autor, mas apenas cúmplice.

Perante o anterior Código [1890], como perante o atual [1940], usava-se e continua a usar-se a palavra co-autores, equivalentemente a autores, para designar, porém, quando haja pluralidade de autores, uns em relação a outros.

118 — Ao tratar dos cúmplices, dizia o antigo Código no art. 21, § 1.º: “Serão cúmplices os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para cometê-lo e prestarem auxílio à sua execução”.

Disciplinava-se, aí, tanto a cumplicidade material como a cumplicidade moral. O fornecimento de instruções é auxílio moral ou intelectual, ao passo que a prestação de auxílio abrange particularmente os meios materiais, embora também comporte as influências espirituais. Assim, a pessoa que aconselha outra a praticar um crime está concorrendo com auxílio moral. O conselho, não se enquadrando nas disposições referentes à autoria (§ 2.º do art. 18), inseria-se no preceito relativo à cumplicidade moral, que exigia não tivesse o cúmplice provocado de qualquer modo o crime. Entendemos que ao falar o legislador — qualquer modo — teve em vista as especificações taxativamente feitas no art. 18, § 2.º, como a dizer: “se não provocou o crime por nenhum dos modos pelos quais se dá a autoria intelectual”.

O § 2.º do art. 21 considerava cúmplices “os que, antes ou durante a execução, prometerem ao criminoso auxílio para evadir-se, ocultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar seus vestígios”. Havia, aí, somente o auxílio moral, embora a leitura menos atenta do texto pudesse despertar impressão contrária. Punia-se como

cumplicidade, não o auxílio prestado para o criminoso evadir-se, mas a promessa de auxílio, tendente a refletir-se no seu ânimo, incutindo-lhe a sensação da sua própria segurança. Se a lei dissesse — ocultarem, destruírem, apagarem — no plural, entender-se-ia que seriam cúmplices os que ocultassem ou destruíssem os instrumentos do crime, ou lhe apagassem os vestígios.

O § 3.º tinha como cúmplices os que recebessem, ocultassem, ou comprassem coisas obtidas por meios criminosos, sabendo que o eram, ou devendo sabê-lo, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houvessem. Era uma forma de cumplicidade material, mas não antecedente, nem concomitante; e sim subsequente ao crime. Seria cúmplice quem praticasse a chamada receptação.⁶

Houve sempre muita crítica ao legislador de 1890, relativamente a essa sua orientação. Não se justificava, realmente, a cumplicidade posterior. Ninguém coopera depois de executado o ato. Convinha punir-se a receptação através de dispositivos autônomos que criassem essa forma particular de delito. Desse modo procedeu o atual Código Penal [1940], no art. 180 e respectivos parágrafos.

Alguns códigos antigos dividiam os participantes do delito em autores, cúmplices e encobridores. Assim, o velho Código Penal argentino substituído em 1922 admitia essas três formas de participação criminosa. Entre os encobridores incluía os indivíduos que recebessem coisas de origem criminosa, os chamados receptadores.

A disposição do § 3.º do art. 21 tinha constante aplicação, como a tem o art. 180 do atual Código [1940]. Raro é o caso de furto ou roubo em que não surja, indicada pela Polícia, a figura de um receptador. Na verdade, tem influência na verificação do crime, porque é contando com indivíduos dessa espécie que os profissionais dos delitos contra o patrimônio não hesitam em praticá-los. A Polícia, em geral, nas grandes capitais conhece os receptadores contumazes, contra os quais, porém, a prova nem sempre é realizável. Por vezes a má-fé do comprador é evidente: quando se demonstra, por exemplo, que a aquisição se deu a preço escandalosamente vil. Então se verifica que o receptador não poderia alimentar dúvida quanto à procedência criminosa.

Foi tendo em vista as dificuldades da prova, por certo, que o legislador de 90 instituiu no referido preceito uma presunção de dolo. Não se satisfazia o texto em inculpar aquele que recebesse as mercadorias, sabendo da sua origem criminosa. Imaginava que o agente devesse tê-la como evidente pela condição ou qualidade das pessoas das quais as houvesse. A presunção reputava-se relativa, admitindo prova contrária. Podia dar-se que o pretense receptador, embora devendo saber, segundo os critérios comuns, não soubesse da origem criminosa. Não deveria, então, ser punido. Não acreditamos que a Justiça penal conscientemente haja condenado alguém nesse caso.

O atual Código Penal [1940] criou duas modalidades de receptação: a dolosa e a culposa, apontando como culposa — punível com grande atenuação — essa modalidade em que o agente devia saber da origem criminosa da mercadoria. A declarada desclassificação do elemento subjetivo, de dolo para culpa, e a cominação, na hipótese, de penas acentuadamente reduzidas, facilitam a condenação de supostos receptadores, acoimados de mera desatenção, ou imprudência. Protegendo,

ipso facto, mais intensamente o patrimônio dos cidadãos, o novo texto, que é o § 1.º do art. 180, amplia, contudo, a possibilidade de injustiças, impondo-se condenação a pessoas que realmente não suspeitaram estar adquirindo algo de má procedência.

A disciplina do crime de receptação foi bastante modificada desde a entrada em vigor da parte especial de 1940. De acordo com a atual redação legal do art. 180 do Código Penal, a receptação é disciplinada da seguinte maneira: o *caput* prevê a modalidade dolosa simples, cominando-lhe pena de um a quatro anos de reclusão, e multa; os art. 1.º e 2.º tratam da forma qualificada de receptação, que se verifica quando o crime é praticado no exercício de atividade comercial ou industrial, a que comina pena de três a oito anos de reclusão, e multa; o § 3.º trata da receptação culposa, cominando-lhe pena de um mês a um ano de reclusão, e multa; e, por fim, o § 6.º trata da receptação cometida em prejuízo de bens e instalações da União, Estados, Municípios, empresas concessionárias de serviços públicos ou sociedades de economia mista, determinando que sejam aplicadas em dobro as penas previstas no *caput* do artigo.

Por fim, o § 4.º aludia aos que dessem asilo ou prestassem a sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como tais e o fim para que se reuniam. A disposição estava mal redigida e deu origem a uma célebre controvérsia de que participou RUI BARBOSA. Opinava ele — e a muitos arrastou na sua opinião — existirem no texto duas modalidades de cumplicidade — uma anterior, outra posterior ao crime. Note-se como a lei era defeituosa: “Os que derem asilo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores...” É uma frase imperfeita. A alguns comentadores pareceu que a intenção do legislador fora considerar uma só forma de cumplicidade, conferindo redundante significação às expressões — dar asilo, prestar sua casa. RUI BARBOSA, no entanto, distinguiu da seguinte maneira: asilo implica a idéia de um fato posterior ao crime, ao passo que a prestação da casa para reunião é providência antecedente ao delito. E assim afirmou que, no passo em que o texto falava em asilo, cogitava de uma cumplicidade posterior, de acoitamento de criminosos foragidos, problema que sempre existiu no Brasil.⁷

COSTA E SILVA, nos seus comentários ao velho Código Penal [1890], examinando essas dúvidas suscitadas pela má redação do § 4.º do art. 21, relembra o ensinamento de RUI, dizendo que, como juiz, teve oportunidade de julgar em sentido contrário a essa opinião, mas convencido, depois, pelos argumentos do grande jurista, voltou atrás, adotando-a.

O Código Penal de 40 instituiu uma figura delituosa autônoma chamada favorecimento pessoal — consistente em prestar auxílio a delinqüente para furtar-se à ação da Justiça (art. 348).

A cumplicidade, atualmente, é tida como uma das modalidades de participação, juntamente com a instigação. Trata-se de uma forma de cooperação que se distingue da co-autoria pela ausência do domínio funcional do fato, podendo se dar desde a preparação até a consumação do fato — depois de consumado o crime, a colaboração é tida como favorecimento (arts. 348 e 349). Pode ocorrer na forma de auxílio material — por exemplo, a entrega de instrumentos para o crime — ou intelectual — por exemplo, a revelação de segredo de um cofre (PACHECO, 1995: 387). A instigação, por sua vez, compreende a instigação propriamente dita, o induzimento e a determinação.

119 — O art. 19 do velho Código [1890] regulava o problema do excesso no mandato criminal (*excessus mandati*). O mandato é uma das formas de autoria psíquica, intelectual. O agente delibera a prática de um crime e dá a outrem o encargo de perpetrá-lo. É evidente que deve haver um nexo de causalidade entre o pensamento e a ação, entre a ideação do crime e a sua execução — e esse nexo de causalidade suscita aspectos interessantes. Suponha-se que o mandante determine ao mandatário praticar um gravíssimo crime, e que o mandatário execute outro muito menos grave, embora do mesmo gênero. Imagine-se o inverso: o mandante determina a prática de um delito de pouca importância, de reduzidos efeitos anti-sociais, e o agente se excede na execução. É concebível, ainda, que o crime cometido pelo mandatário seja de natureza diferente daquele de que o encarregou o autor intelectual; por exemplo, o mandatário rouba ou furta, em vez de matar. Essas hipóteses levam a examinar o problema da falta de coincidência, no mandato, entre a deliberação e a execução.

O referido art. 19 resolvia tais questões da seguinte maneira: “Aquele que mandar, ou provocar alguém, a cometer crime, é responsável como autor: § 1.º — por qualquer outro crime que o executor cometer para executar o de que se encarregou; § 2.º — por qualquer outro crime que daquele resultar”.

Não era feita referência, nem se precisava fazer, ao caso, intuitivo, de corresponder precisamente o ato do mandatário à intenção do mandante.

Figuremos que um assalariado fosse induzido a assassinar e praticasse um furto. Não se poderia dizer que o furto constituísse meio ou resultado do homicídio, e então o mandante não responderia. Mais um exemplo: o mandante incumbia ao executor furtar certa jóia. O mandatário não furtava a jóia, mas outro objeto. Esse furto não teria resultado da subtração ordenada; nem teria sido um meio para realizá-la.

Se o autor intelectual mandasse ferir a vítima e o executor viesse a matá-la, o primeiro responderia pelo resultado, como consequência que seria da execução do delito planejado.

O art. 20 elucidava: “Cessará a responsabilidade do mandante se retirar a tempo a sua cooperação no crime”. Era possível que o mandante se arrependesse da ordem dada. Surgiria a questão de saber se o seu arrependimento, teria eficácia para a

isenção da sua responsabilidade. É claro que, se ele tomasse todas as providências para manifestar o seu arrependimento, de forma a cortar o nexo de causalidade entre a sua intenção e o ato do executor, retiraria a sua responsabilidade. Se se evidenciasse, pelo contrário, que o mandatário agiu em virtude da anterior resolução do mandante, não havendo motivo para se entender interceptado o nexo de causalidade, responderia o autor intelectual pelo crime.

Discutia-se, antigamente, se se podia presumir, em certas circunstâncias, esse arrependimento prévio do mandante. Assim, na hipótese de o mandante determinar ao mandatário um homicídio, por ser inimigo da vítima, e, antes que o crime houvesse tido execução, se reconciliasse com o antigo desafeto. A reconciliação seria maneira de mostrar a desistência do seu propósito.

A solução prudente e lógica deveria consistir em só se admitir a ausência de responsabilidade do mandante quando ele tivesse inconfundivelmente deixado de ser a causa do delito, o que é incompatível com presunções fáceis em seu benefício.

Em conclusão: a ação do mandatário e a deliberação do mandante ligam-se por um nexo de causalidade, que poderia romper-se, no regime do Código de 1890, se o delito praticado pelo mandatário não correspondesse à determinação do autor intelectual, quer por não ser um meio de realizá-lo, quer por não ser um resultado do crime planejado, quer por ter o instigador desistido eficazmente. Então, desapareceria a sua co-participação.

Assim como a parte geral de 1940, a parte geral de 1984 não cuida expressamente da questão do excesso no mandato criminal, tal como o fazia o Código de 1890. No Código de 1940, a causalidade tinha papel fundamental na determinação da responsabilidade do mandante, o qual tendia a ser penalizado sempre que sua conduta se encontrasse na mesma linha causal de acontecimentos que a do resultado produzido, independentemente de sua vontade. No Código de 1984, como se esmiuçarà adiante, prefere-se a consideração do ânimo subjetivo de cada um dos agentes. Em linhas gerais, aplica-se o art. 29, § 2.º, dispositivo referente à cooperação dolosamente distinta, pelo qual se tem que o mandante de um crime cujo executor que tenha, porventura, se excedido, responde somente pelo crime menos grave do qual efetivamente tenha querido participar, a não ser que o resultado mais grave fosse previsível, caso em que sua pena será aumentada até a metade.

120 — No vigente Código Penal brasileiro [1940], as disposições enquadradas no título IV — *Da co-autoria* — são sintéticas. O art. 25 declara: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

Impressiona, de início, que tenha sido abolida a tradicional separação dos co-delinqüentes em autores e cúmplices. São todos igualmente responsáveis pelo resultado.

Entretanto, embora o Código Penal faça a equiparação, procurou minorar a rigidez do princípio acolhido. Leia-se o art. 48, n.º II. Inclui entre as circunstâncias que sempre atenuam a pena a de ter sido de somenos importância a cooperação no crime.

Parte Geral de 1984, art. 29, § 1.º

Como já comentado, o art. 29 do Código Penal de 1984 tem a seguinte redação: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. A última parte do *caput* do artigo veio para suavizar os rigores da chamada teoria monista, adotada pelo Código de 1940, que manda punir todos os agentes de uma determinada empreitada delitiva pelo mesmo crime, independentemente da relevância de cada conduta individual para a ação globalmente considerada. Esse dispositivo, combinado com os §§ 1.º e 2.º do respectivo artigo, possibilitam diferenciar as figuras de autor e partícipe. Diferenciação esta que, de acordo com a Exposição de Motivos, era “reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas” (n.º 25). A participação de menor importância não é mais circunstância atenuante, e sim causa de diminuição de pena, de acordo com o disposto no art. 29, § 1.º. Explicações mais detalhadas vêm ao final deste n.º 120.

Mais uma demonstração de que o nosso estatuto reconhece a diversidade quantitativa das atitudes de cooperação no crime encontra-se na causa de diminuição de pena prevista no art. 48, parágrafo único: “Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”. Retornaremos a essa disposição ao examinar o problema da aplicação da pena, em cujo capítulo está colocada.

Parte Geral de 1984, art. 29, § 2.º

A intenção de participar de crime menos grave é tratada no art. 29, § 2.º do Código em vigor, que estatui: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”. A Comissão de Reforma pretendeu com isso “expurgar de nossa legislação a responsabilidade objetiva e o princípio do *versari in re illicita*, segundo o qual o agente respondia por todas as consequências decorrentes da prática do delito, independentemente do dolo” (REALE JR., 2002: 326).

Assim, o agente que participar de delito coletivamente cometido, responderá apenas por aquele que quis praticar, e não pelos crimes mais graves que eventualmente forem cometidos para além de sua vontade. Isso “quebra a rigidez monolítica da concepção unitária do concurso de pessoas fundado no nexo de casualidade” (REALE JR., 2002: 326). No entanto, terá o agente a sua pena aumentada se a prática do crime mais grave for previsível, consoante dispõe a parte final do § 2.º.

De outro lado, o art. 45 agrava a pena do participante do delito que: “I — promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II — coage outrem à execução material do crime; III — instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de sua condição ou qualidade pessoal; IV — executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.⁸ Estão aí configuradas diversas formas particulares de autoria, que se encontravam nas antigas disposições. Percebe-se que, se bem tenha estabelecido como norma a redução dos participantes do delito ao denominador comum da autoria, o Código, de certo modo, fez a distinção, ao cuidar das circunstâncias atenuantes e das circunstâncias agravantes. Fê-la, porém, para efeitos bastante limitados. Esse regime não impede que um co-delinquente secundário possa, em concreto, ser punido com pena igual ou maior que a do principal.

Parte Geral de 1984, art. 62

O Código de 1984 trata no art. 62 das agravantes no concurso de pessoas. Afirma esse dispositivo que a pena será agravada em relação ao agente que “promove, organiza ou dirige a atividade dos demais agentes” (inc. I); “coage ou induz outrem à execução material do crime” (inc. II); “instiga ou determina a

cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal” (inc. III); e, por fim, “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

O dispositivo do art. 25 apresenta algumas dificuldades. Esse preceito apareceu como consequência de ter sido adotada a teoria da equivalência das condições. É o que exprime a *Exposição de motivos*. Uma vez que, no art. 11, o Código Penal considera equivalentes as condições que concorrem para a verificação de um evento, entendeu o legislador estabelecer em abstrato as mesmas penas para os participantes que contribuem, com condições *sine quibus non*, para a realização do crime. De acordo com o art. 11, a causa material suscetível de imputação deve ser uma condição *sine qua non*, tal, que, sem ela, o crime não teria sido cometido. Por seu turno, o art. 25 manda punir aquele que de qualquer modo concorre para o crime. A conciliação desses dois preceitos é possível, desde que se entenda que o — qualquer modo — a que se refere o art. 25 seja sempre a realização de uma condição indispensável; porque, do contrário, o procedimento do participante não teria o valor de causa do ato.

Parte Geral de 1984, art. 29

A teoria da equivalência das condições seguiu adotada pelo Código de 1984 (art. 13). Essa teoria trouxe consigo a teoria monista (art. 29), segundo a qual respondem todos os agentes pelo mesmo crime, em princípio. No entanto, como já foi comentado, o esforço da comissão de reforma de permear o princípio da culpabilidade por toda a parte geral fez que diversas exceções à rigidez dessas teorias fossem contempladas no Código de 1984, destacando-se, no tema do concurso de agentes, a admissão da figura do partícipe, que pode ser apenado em patamares inferiores ao mínimo legal (art. 29, § 1.º). Sendo a participação de menor importância agora tratada como causa de diminuição de pena, desapareceu da atual redação legal a circunstância atenuante equivalente.

Embora diga o legislador — de qualquer modo, a inferência a que se deve chegar é que, se a ação do participante for de tão diminuta valia que não corresponda a uma condição causal do delito, não poderá ser punido.

Como se viu, no art. 48, n.º II, insere-se entre as atenuantes a participação de somenos importância. Mas se for de tão pequeno relevo que não se possa dizer que o

Parte Geral de 1984, art. 29, § 1.º

FLORIAN, comentando a disposição do Código Penal italiano que inscreve essa mesma circunstância, opina que tal atenuante representa verdadeira derrogação ao princípio da causalidade material, esposado pelo estatuto peninsular em termos semelhantes aos do nosso: “vera deroga, contrastante collo stesso”, acentua. Isso porque a igualação dos comparticipes não se acomoda, logicamente, a esse abrandamento penal. E também frisa que, se a participação é tão escassa a ponto de não constituir uma *conditio sine qua non*, deve ter-se como impunível a coadjuvação prestada.

De acordo com a Exposição de Motivos, o atual tratamento do concurso de pessoas seguiu na trilha aberta pelo Código de 1940, que adotou a chamada teoria monista, para a qual será autor todo aquele que, de qualquer modo, concorrer para o crime. Trata-se de consequência lógica da adoção da teoria da equivalência das condições (art. 13), já vista quando se tratou do nexo de causalidade.

A teoria monista vem afirmada no art. 29 do atual Código, que prescreve: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Esta última parte do dispositivo legal — “na medida de sua culpabilidade” — foi acréscimo à redação legal anterior, que a comissão de reforma fez inserir no Código atual.

Essa é uma das muitas modificações com as quais buscou-se amenizar a rigidez da teoria monista, que levava a decisões questionáveis por tratar de forma igual agentes com posições subjetivas muito distintas na empreitada delituosa. No mesmo sentido, o art. 29 vem acompanhado de dois parágrafos que também visam a flexibilizar a objetividade monista. Considerados todos esses “dispositivos flexibilizadores” em conjunto, é possível concluir que vige hoje um sistema de regras que propiciam a distinção entre as figuras de autor e partícipe no direito penal brasileiro. (Exposição de Motivos, n.º 25).

A participação define-se como “colaboração dolosa em um fato alheio” (PRADO, 2002: 399). Dessa forma, o agir do partícipe tem sempre como referente o agir do autor, de forma que a punição do primeiro depende de este último haver realizado conduta típica.

A pena do partícipe é definida no § 1.º do art. 29, o qual prevê que poderá ser diminuída a reprimenda, de um sexto a um terço, nos casos de participação de menor importância.

Verificado tratar-se de participação, é obrigatória a diminuição da pena. É importante registrar que, se no Código Penal de 1940 a participação de menor importância era tratada como atenuante (art. 48, inc. II), no diploma de 1984 ela ganhou natureza de causa de diminuição de pena, o que permite seja a sanção estipulada a quem do mínimo legal (REALE JR. 2002: 318).

Já o § 2.º do art. 29 afirma que: “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”. Trata-se de mais uma tentativa de romper com a inflexibilidade da regra de concurso de agentes firmada com base na teoria da equivalência das condições. Dessa forma, o agente só responderá pelo resultado mais grave quando este for previsível.

121 — Duas orientações se entrecrocavam na concepção da co-delinquência: uma, unitária, considera o crime praticado por diversas pessoas como fato único; outra, pluralística, encara cada um dos vários delinquentes conjugados em determinada infração como autor de um delito autônomo. Chegou-se mesmo a propor a criação de uma figura *sui generis*, que seria o crime de participação, ou de concurso, ou crime concursal.⁹

O nosso Direito conservou o critério unitário, ao declarar participantes de um só e mesmo crime, incidindo nas penas a ele cominadas, todos os que, de qualquer modo, concorram para o resultado delituoso. Por exceção, entretanto, o estatuto criminal acolheu a tese pluralística, e resolveu transformar em infrações especiais certas formas de participação em alguns delitos. Tal é o caso da bigamia: o indivíduo casado, que contrai novo casamento, comete o crime do art. 235, *caput*, enquanto a mulher que, não sendo casada, convola a núpcias com homem casado, ciente do impedimento matrimonial, se torna autora de infração autônoma, que é a contemplada no § 1.º do citado dispositivo. O mesmo acontece relativamente ao abortamento consentido pela gestante (art. 124) e o praticado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126); o delito de fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança (art. 351) e o de evasão mediante violência contra a pessoa (art. 352). Outros exemplos poderiam ser formulados.

122 — Cumpre examinar, perante os vigentes preceitos, as soluções dos principais problemas discutidos a propósito da legislação anterior. O conselho, por exemplo, que alguém dá, instigando o executor material a praticar o crime. No sistema da legislação passada, como foi mostrado, não se deveria enquadrá-lo entre as formas de autoria intelectual, porque a lei não o abrangia expressamente. A conclusão era que se incluía entre as modalidades de auxílio secundário, de cumplicidade moral.

Aquele que aconselha outrem a praticar o crime, concorrendo para realizá-lo, responde como co-autor, segundo o atual Código [1940]. Mas pode revelar-se, em determinado caso, a ineficácia da suposta influência. Suponha-se que se verifique o crime de forma tão diversa relativamente ao desígnio daquele que aconselhou, que se deduza não ter a instigação atuado no ânimo do agente. Pode dar-se que o

executor já tivesse a inabalável resolução de praticar o crime; ou que este surja por efeito de circunstâncias repentinas, que excluam a idéia de preparação. O conselho não terá sido *conditio sine qua non* do resultado.

Para haver punibilidade, é necessário que o conselho tenha contribuído para o resultado, constituindo, assim, condição deste. Naturalmente, ter-se-á de presumir que contribuiu, sempre que se notar uma relação entre o fato criminoso e a influência psicológica exercida sobre o espírito do executor. A tendência será no sentido de se considerar como participante o que aconselha. Entretanto, é difícil, por vezes, conhecer o pensamento do executor material, para saber se influiu o conselho. Uma vez provada a existência deste, é de esperar que o aplicador da lei tenha, em princípio, como causal o procedimento da pessoa que aconselhou. Atribuir-lhe-á o valor de condição, se não se tratar de conselho vago e inexpressivo, ou sem apreciável conexão com o delito.

Segundo a parte geral de 1984, que amenizou os rigores da teoria monista, e a orientação doutrinária majoritária, o aconselhamento à prática de crime é predominantemente tratado como forma de participação, e não de co-autoria. Isso porque, como já visto, a participação dá-se não só em forma de auxílio material (cumplicidade) mas também como estímulo intelectual (instigação ou induzimento).

Discute-se, atualmente, a punibilidade da pessoa que aconselha motorista de veículo automotor a violar regras de trânsito, levando-o à prática dos crimes culposos de homicídio ou de lesões corporais. Legalmente, a co-autoria nos crimes culposos de trânsito era admissível até o advento do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em 1997. Até então, a tipificação dos crimes culposos de homicídio e de lesões corporais na direção de veículo automotor era dada genericamente pelo próprio Código Penal, inserindo-se nas modalidades culposas dos arts. 121 e 129, respectivamente. Com o CTB, referidos crimes, agora tipificados nos arts. 302 e 303 desse diploma legal, tornaram-se delitos de mão própria, isto é, delitos nos quais somente aquele que estiver em condições de exercer pessoalmente a conduta inscrita no tipo penal pode ser considerado sujeito ativo. Nos crimes de trânsito, somente aquele que estiver na direção de veículo automotor pode ser tido como sujeito ativo. Assim, a pessoa que aconselha outra, sem estar na condução do veículo, não pode ser autora de crimes de trânsito, senão, no máximo, participe ou, ainda, restando impune; eis que, para alguns, não cabe participação nos delitos culposos, sendo atípica a sua conduta (CALLEGARI, 2002).

de 90 respondia o autor intelectual pelo delito praticado, quando fosse um meio de se conseguir executar o crime determinado por ele, ou resultado desse crime.

Como se vê, não há critério expresso, nas disposições do atual Código [1940], a respeito do problema. Assim, é mister resolvê-lo de acordo com os princípios gerais. Cumprirá verificar se o autor intelectual concorreu para a realização do crime; se a instigação foi uma condição do evento. Deve-se ter presente, também, o dispositivo referente ao dolo. Por exemplo, um homem manda outro ferir seu inimigo e o executor se excede, matando-o. No sistema do Código de 90, respondia o autor intelectual pelo homicídio, porque a morte é resultado do ferimento. No sistema do atual Código [1940], está-se vendo que a deliberação do autor intelectual é uma condição indispensável para o resultado. O procedimento do instigador é causal: responde o autor intelectual por esse evento superveniente à sua intenção. Mas responderá de conformidade, também, com o elemento subjetivo — o dolo? Sim, geralmente. Se se provar, porém, que o dolo do instigador não alcançou o resultado, nem mesmo na qualidade de dolo eventual, que ocorre quando o agente assume o risco de produzir o evento, deveria o instigador, consoante a solução mais razoável, responder por homicídio preterintencional (art. 129, § 3.º), dado que houvesse apreciável vínculo de causalidade física entre as lesões e o êxito letal; ou, então, se não houvesse, pelo crime de lesões corporais.

Na sistemática em vigor, a falta de coincidência entre mandato e execução pode ser resolvida pelo art. 29, § 2.º, do Código Penal, que estabelece que cada co-autor será apenado de acordo com o crime que quis praticar, e cada partícipe, segundo aquele de que quis participar.

Conforme a última parte do referido dispositivo legal, na hipótese de ser previsível a ocorrência de resultado mais grave, a pena dos que quiseram participar de crime menos grave será aumentada até a metade, caso este efetivamente ocorra.

Mas é claro que, não se notando tal vínculo, o próprio executor não responderia por homicídio preterintencional, e, pois, não ocorreria, a ser resolvida, qualquer dificuldade. Esta surge se se observa um verdadeiro *excessus mandati*: se o autor material mata deliberadamente, apesar de incumbido, limitadamente, de praticar uma ofensa corporal leve.

Se nenhum outro preceito atinente à matéria se encontrasse, dever-se-ia, no exemplo, acolher a capitulação de homicídio preterintencional, em se tratando de lesão eficaz a produzir a morte. Mas o art. 48, § único, indica que, para casos que tais, quis o legislador se impusesse, embora atenuadamente, a pena do crime efetivamente cometido. Responsabilidade objetiva? Leiam-se as considerações que em outro passo aduzimos (n.º 156).

A “bem pouco disfarçada” responsabilidade objetiva consagrada pelo Código Penal de 1940 foi descartada pela Reforma de 1984 — conforme a própria Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7209/84), “eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva”. A chamada falta de coincidência entre mandato e execução ganhou nova abordagem, à medida que se preferiu a consideração dos aspectos subjetivos do delito em detrimento da mera causalidade, abandonando-se o princípio do *versari in re illicita*, pelo qual o agente respondia por todas as consequências decorrentes do ilícito, independentemente de dolo (REALE JR., 2002: 326). Pela legislação anterior, aplicava-se, como regra, a pena do crime mais grave a todos os agentes, relegando-se a individualização da pena para o momento posterior da averiguação da existência de circunstâncias atenuantes, quando incidia a circunstância prevista no então art. 48, parágrafo único, que mandava a diminuição de um terço até a metade da pena para o agente que quis participar tão-somente do crime menos grave. O Código atual, diferentemente, tem como ponto de partida a aplicação da pena do crime menos grave ao agente que não quis participar do crime mais grave, ocorrendo, excepcionalmente, aumento de pena quando a produção do resultado mais grave for previsível. O atual art. 29, § 2.º, que trata da cooperação dolosamente distinta — também chamada de desvio subjetivo de conduta —, tem a seguinte redação: “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”. Ressalte-se que caso o agente, além de ter previsto o resultado mais grave, tenha assumido o risco de produzi-lo, não será aplicado o aumento previsto no art. 29, § 2.º, punindo-se o agente pelo crime mais grave na modalidade de dolo eventual. Por fim, cabe alertar que, pela redação do referido dispositivo — o qual se utiliza do termo “participar” —, há quem restrinja a sua incidência apenas aos casos de participação (PIERANGELI, 1992; MIRABETE, 2002: 237). No entanto, se a preocupação da reforma de 1984 foi, efetivamente, eliminar todos os resquícios de responsabilidade objetiva da legislação penal brasileira, não há como se admitir a diferença de tratamento entre partícipes e co-autores, aceitando-se indistintamente a individualização subjetiva da pena para ambos.

Focalizemos o caso da revogação do mandato. Arrepende-se o autor intelectual. A solução, no sistema da legislação passada, era que se poderia admitir operante a revogação se claramente manifestada ao autor material, de modo a romper-se o nexo de causalidade entre a intenção e a execução.

A fórmula atual — “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas

penas a este cominadas” — indica tornar-se preciso que a revogação do mandato seja algo de extraordinariamente expressivo para que se possa reconhecer a sua validade. A desistência deve ser positiva, iniludível. É necessário que o autor intelectual tome todas as providências para sustar a ação do autor material, a fim de que, se este insistir em praticar o crime, só o faça por sua própria deliberação. Se subsistir o nexo de causalidade entre a execução e a primitiva resolução do autor intelectual, este responderá pelo resultado.

Conforme o art. 13, § 2.º, do atual Código, aquele que, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência de um resultado lesivo, tem o dever de agir para evitá-lo. Assim, o autor intelectual arrependido tem o dever de agir, na medida do possível, para evitar o resultado inicialmente pretendido — o que não significa, no entanto, que tenha necessariamente de evitá-lo, não devendo ser punido se tomou todas as medidas a seu alcance (MIRABETE, 2002: 241). Como já frisado, não existe mais nenhuma hipótese de responsabilização objetiva em nossa legislação penal.

124 — Pode acontecer que o autor psíquico transmita o seu propósito ao virtual executor e que o crime não se dê, que não se dê qualquer crime.¹⁰ A solução do problema, segundo o Código passado [1890], era a impunidade. No atual estatuto [1940], a questão é resolvida pelo art. 27: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, § único)”. Estabelece, portanto, como norma, o nosso Código, a impunibilidade daqueles participantes que intervêm num projeto criminoso não concretizado. Essa é a regra, mas a referência contida no parêntese elucida que se impõe, para certos casos, medida de segurança. Será quando se comprove a periculosidade dos coadjuvantes da maquinação. O sistema adotado é o mesmo que o Código preceituou para os acusados de tentativa absolutamente impossível, referidos no art. 14. De acordo como art. 76, parágrafo único, é aplicável medida de segurança nos casos dos arts. 14 e 27, desde que o agente seja perigoso. A medida de segurança prevista é a liberdade vigiada, durante um ano, providência essa que pode converter-se em medida de segurança detentiva.

Parte Geral de 1984, arts. 17 e 31

A aplicação, nessa hipótese, de medida de segurança, é aceita em geral pelos códigos modernos, que não se animam a estabelecer penas para tal conjuntura, tendo em vista a não existência de resultado positivo, pois não há nem ao menos tentativa.

Pelo Código penal atual, continuam não sendo puníveis os atos preparatórios, se o crime não for ao menos tentado. É o que dispõe o art. 31: “O ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio, salvo disposições em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

Ao contrário do que previa o Código de 1940, no entanto, a Parte Geral de 1984 não mais admite a imposição de medidas de segurança nesses casos. Não há mais dispositivos análogos ao art. 76 do antigo Código, que admitia medidas de segurança nos casos de crime impossível e atos preparatórios, se revelada periculosidade. Segundo o sistema vigente, a medida de segurança tem como pré-requisito indispensável a prática de conduta típica e antijurídica, além da periculosidade do agente.

Esse problema foi suscitado na doutrina pela primeira vez, no século passado, em acontecimento que ficou célebre. Um caldeireiro belga chamado Poncelet, em carta dirigida ao arcebispo de Paris, ofereceu-se para matar Bismarck, o *Chanceler de Ferro*, pedindo como recompensa o pagamento de 40.000 francos. É escusado acrescentar que não foi aceita a proposta. Observando-se que as leis penais não previam a hipótese — desde então, em alguns países, como a Bélgica e a Alemanha, foram surgindo disposições a respeito.¹¹ E quando começaram a aparecer nos códigos as medidas de segurança, preferiu-se adotá-las para a espécie.

O nosso art. 27 é, todavia, um tanto lacunoso, pois não prevê de maneira segura o caso de oferecimento para delinquir, exatamente a situação que, historicamente, constitui a origem deste problema. Note-se que o oferecimento não se identifica com o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio, a que se refere a lei.

Parte Geral de 1984, art. 31

É possível que tal falha, que também se registrou no correspondente dispositivo do Código italiano, se explique pela consideração de que o simples oferecimento, desde logo repudiado, representa uma atitude unilateral, que, assim, não se coaduna com o instituto da co-delinquência. Mas a hipótese poderia ter sido prevista, então, em diferente capítulo do Código.

Determinação e instigação — palavras empregadas pelo art. 27 — costumam usar-se equivalentemente. Inserindo as duas, o Código, contudo, não as está reputando sinônimas, pois na lei não há vocábulos ociosos. Em boa técnica, a determinação cria, inteiramente, no espírito do executor, a idéia criminosa. A instigação é influência destinada a reforçar e consolidar um projeto preexistente, ainda indeciso. O conselho é modo típico de instigação.

Repare-se que o art. 27 admite ocorram casos em que o ajuste, a instigação e o auxílio possam ser punidos — fora, portanto, da regra geral estabelecida. São exemplos as figuras delituosas do art. 286, que reprime a incitação pública ao crime, e do art. 288, que pune a associação de mais de três pessoas, em quadrilha ou bando. Verifica-se, nesse último dispositivo, um caso de ajuste, de auxílio recíproco para cometer delitos — e o Código considera tal fato como infração autônoma, expressamente.

Parte Geral de 1984, art. 31

A participação tem natureza acessória em relação à conduta principal. Assim, o partícipe só pode ser punido se o autor principal, pelo menos, dá início à conduta típica e antijurídica. Nesse sentido, o Código atual, no art. 31, repete literalmente a previsão do antigo art. 27. A diferença reside unicamente na impossibilidade de aplicação de medida de segurança ao partícipe de crime não-realizado. Embora o fundamento das medidas de segurança seja, ainda, a periculosidade do agente, não mais se prescinde, para sua aplicação, do prévio cometimento de um fato típico e antijurídico. A periculosidade, independente de efetiva lesão a um bem jurídico, não é suficiente, como na sistemática anterior, para a imposição de medida de segurança. Tal mudança será melhor analisada no capítulo relativo às penas.

125 — Fala-se em autoria incerta quando, intervindo diversos acusados na prática de um crime, não há meios de saber a qual deles imputar o resultado. Vários indivíduos acham-se juntos, e um assassina determinada pessoa. Pode dar-se que todos esses indivíduos estejam armados e os seus revólveres sejam idênticos, com igual munição, não podendo a perícia técnica elucidar a dúvida.

Pode verificar-se que eles estejam unidos por um concerto de vontades ou que não estejam. Se não estiverem, condenar todos por homicídio importaria em castigar inocentes. E absolver todos significaria deixar impune um culpado.

Pelo atual Código [1940], a questão deve ser solucionada de acordo com os princípios relativos à causalidade material (art. 11) e ao elemento subjetivo (art. 15, n.º I). Para ser punível, é necessário que tenha o acusado de qualquer modo concorrido para o crime e que o resultado, embora alcançado por outro, corresponda ao seu dolo.

A disciplina atual do concurso de agentes continua a exigir o vínculo subjetivo entre co-autores. Havendo múltiplos agentes a praticar um mesmo crime, sem vínculo subjetivo entre eles, será caso de autoria colateral, e não de co-autoria. “A ausência do vínculo subjetivo entre os intervenientes é o elemento caracterizador da autoria colateral” (BITTENCOURT, 2003: 399). Para que se possa punir um ou mais agentes nos casos de autoria colateral, é indispensável saber que agente é causador do quê: não é possível puni-los todos pelo resultado final de suas condutas somadas. Em caso de dúvida, deverá prevalecer a solução mais benéfica ao agente, o que, no limite, poderá implicar até mesmo absolvição de todos os envolvidos.

No Código de 1984, há diversos dispositivos de que pode se socorrer o intérprete nesses casos, com destaque para o art. 13, que limita a causalidade material à culpabilidade do agente, e o art. 18, que trata do dolo. São esses os artigos que substituíram os de número 11 e 15 do Código de 1940, a que se refere Basileu Garcia.

Não haverá o concurso, indispensável para a punição, se as ações, ainda que simultâneas, forem de todo independentes, como por exemplo se dois indivíduos, dispostos a matar outro, sem nenhum prévio entendimento, se encontrassem fazendo disparos contra ele no mesmo instante. Figure-se que, por uma coincidência, ambos se escondam, com armas e munições do mesmo tipo, às margens opostas de uma estrada, em emboscada, e que, sem se verem, atirem concomitantemente, quando passa a vítima, que é atingida por um só dos projéteis.

Tal exemplo, porém, é de pura imaginação, para agitar o problema, que desse modo seria efetivamente de autoria incerta. Então, não havendo concurso entre os agentes e não se sabendo qual deles seria o autor da morte da vítima, a solução jurídica seria deixar de puni-los por homicídio, ressalvada, como é óbvio, a possibilidade de punição por tentativa, se estivesse caracterizada. Poderia não estar.

Em nosso Direito, para a pronúncia por homicídio, são necessários prova da existência do crime e indícios, reputados suficientes, de autoria. Ambos os acusados poderiam ser pronunciados e, assim, possivelmente privados provisoriamente da liberdade para se submeterem a julgamento. Mas a condenação reclama, não só a prova da existência do crime (no exemplo, ter havido um homicídio), como também certeza da autoria.

Nos casos comuns, é possível a condenação, considerados como co-autores os que intervieram no crime, se ficar provado ter havido entre eles colaboração ciente e voluntária. Essa colaboração pode ser material ou moral, mas pressupõe sempre um nexo de vontade, — ou no sentido de que os partícipes combinaram a prática do

crime, ou no sentido de que, mesmo sem antecipado acordo, reuniram deliberadamente os seus esforços no momento de perpetrá-lo, ou mesmo no sentido de que um deles, conhecendo o propósito criminoso de outrem, lhe prestou auxílio sem que este o percebesse. Haverá, ainda nessa última hipótese, dois autores, ligados pela adesão, isto é, pela vontade de um deles; portanto, co-autoria.

126 — O art. 26 do Código Penal preceitua: “Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Parte Geral de 1984, art. 30

No atual Código, a disciplina da comunicabilidade das circunstâncias do delito está no art. 30, que preceitua: “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Acrescenta-se, assim, a expressão “condições”. Enquanto as circunstâncias são aspectos que dizem respeito diretamente à infração penal — que, embora não a integrem, contribuem para aumentar ou reduzir a pena cominada —, as condições são aspectos que se referem a outros elementos, essencialmente às relações mantidas pelo agente com o mundo exterior, seja com pessoas, seja com coisas. No mais das vezes, porém, as condições pessoais são previstas como circunstâncias atenuantes ou agravantes (MIRABETE, 2002: 239; PACHECO, 1995: 394).

Essa disposição visa resolver (e não a resolve definitivamente) uma das questões mais árduas do antigo Direito Penal brasileiro: a da comunicabilidade das circunstâncias do delito.¹²

O Código de 1890 não encerrava, a esse respeito, disposição alguma. No trabalho *Soluções penais da repressão ao crime de morte*, tratamos desse problema, aludindo a freqüentes erros de aplicação daquele estatuto, relativamente ao assunto, mostrando que os critérios empíricos adotados na prática se prestavam a injustiças.

Quando diversas pessoas participam do mesmo delito, cada uma concorre, naturalmente, com um conjunto de circunstâncias. Algumas destas, que atuam relativamente à ação de um participante, não prevalecem em relação a outro. Não se comunicam a este. Outras, ao contrário, estendem-se de um dos sujeitos ativos aos demais, comunicam-se.

Determinada pessoa manda alguém matar outra — caso de autoria intelectual. Nada combina a respeito de certas circunstâncias objetivas. Não recomenda que o crime seja praticado com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura, mas o agente escolhe um desses meios. A circunstância agravante decorrente do emprego de um desses malignos expedientes aumenta a pena do executor. Deverá

também agravar a pena do mandante?

Determinada pessoa manda que um filho, por exemplo, mate o pai. Deverá ter contra si a circunstância agravante decorrente da relação de parentesco entre o homicida e a vítima? Podem variar indefinidamente as hipóteses.

Pela redação do art. 26, dizendo que não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal (salvo quando elementares do crime), transparece que se comunicam as de caráter objetivo. Se essa, realmente, foi a intenção do legislador, fez mal em não o dizer claramente. Deveria enunciá-lo de forma nítida, para evitar possíveis dúvidas.

Parte Geral de 1984, art. 30

Acentue-se a parte final do artigo — salvo quando elementares do crime. Por exemplo, a qualidade de funcionário público é elementar do crime de peculato, previsto no art. 312.¹³ Se o funcionário delinquir em combinação com um estranho à repartição, este se considera, para o efeito de se enquadrar a sua ação no mesmo preceito repressivo, funcionário público. A referida circunstância, sendo elementar do crime, pois faz parte da sua definição legal, comunica-se entre os participantes.

A comunicabilidade das condições subjetivas elementares ao crime suscita questões específicas quando se trata de delitos especiais — aqueles que só podem ser atribuídos a sujeitos que ocupem determinada posição jurídica, como os crimes praticados por funcionário público contra a administração. Embora haja controvérsias (BELEZA, 1992), o domínio do fato parece insuficiente para a determinação da autoria nessa sorte de delitos. Se, por exemplo, um *intraneus*, funcionário público, instiga um *extraneus* a subtrair coisa alheia móvel de repartição pública, nem o *intraneus* poderá ser responsabilizado por peculato — por não deter o domínio do fato —, nem tampouco o *extraneus* — por não possuir a qualidade especial de funcionário público. Assim, o fundamento da determinação da autoria nos delitos especiais há de ser a infração do dever extrapenal decorrente da posição jurídica assumida. Será autor o sujeito que, obrigado ao cuidado de um determinado bem, infringir tal dever. Portanto, o *intraneus*, conquanto não detenha o domínio do fato, é considerado autor por ter violado um dever funcional que lhe foi confiado. O *extraneus*, por sua vez, pelo fato de não ser titular de semelhante dever, ainda que tenha pessoalmente executado a ação — com o domínio do fato —, será considerado partícipe, caso se cuide de um delito especial próprio (aquele que não encontra paralelo em nenhum outro tipo penal) ou será responsabilizado pela prática do delito comum, na hipótese de se tratar de delito especial impróprio (aquele cuja conduta descrita

corresponde a um outro tipo penal que não exige, do sujeito, posição jurídica específica). No exemplo dado, o funcionário público responderá por peculato, ao passo que o não-funcionário será punido por furto. Logicamente, apenas ocorrerá co-autoria se o dever extrapenal violado for comum a todos os agentes. Logo, nem sempre se aplica a regra de comunicabilidade contida no art. 30 do Código Penal — o dispositivo só incide nos delitos de infração de dever caso o *extraneus* seja o partícipe (CALLEGARI, 2001: 470).

Também, em face da doutrina unitária do concurso de agentes, e aceita a regra da comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal quando elementares do crime, pode-se sustentar, com êxito, a tese de que cometeria infanticídio todo aquele que, de qualquer modo, concorresse para o crime do art. 123,¹⁴ embora não militando em seu favor a condição personalíssima — a qualidade de mulher, de mãe, de parturiente, de puérpera — que justifica o regime de excepcional benignidade dispensado à autora natural da infração. Visto que a qualidade individual foi incorporada pelo legislador à própria figura delituosa e faz parte integrante da definição contida no art. 123, nada impede que um homem, que haja instigado ou auxiliado a puérpera a matar o próprio filho, venha a disputar o tratamento privilegiado a que não poderia ter direito, pois o seu ato representa homicídio característico.¹⁵

Esse absurdo provém de sensível falha de técnica legislativa, porquanto não deveria ser erigida a elemento de determinada figura delituosa, como o infanticídio, uma causa de diminuição da responsabilidade, qual seja a influência do estado puerperal, tornando-se obrigatória a sua comunicação, por força do disposto no art. 26.

Já que, entretanto, o legislador não quis considerar o infanticídio como espécie de homicídio, disciplinado pelas regras gerais do Código no que concerne às causas comuns de exclusão e diminuição da responsabilidade, o remédio seria, como já foi lembrado, reformar-se o nosso estatuto penal para converter em figura delituosa autônoma, passível das penas do homicídio, as formas de participação em infanticídio diversas da figura traçada no art. 123, pois não passam de homicídio os atos de estranhos que, em colaboração com a puérpera, causam a morte da criança, durante o parto, ou logo após.

São circunstâncias pessoais as que se relacionem à pessoa do agente ou ao elemento psíquico com que intervém no delito — dolo, culpa. Se a circunstância é atinente à manifestação material do fato, diz-se material ou objetiva. Tanto são regidas por esses princípios as circunstâncias atenuantes como as agravantes. Na lista das circunstâncias agravantes contida no art. 44, a do motivo fútil ou torpe é subjetiva; a da letra *d* — traição, emboscada... — é objetiva; a da letra *e* — emprego de veneno, fogo, explosivo... — também é objetiva; a da letra *f* — contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge — é subjetiva; a da letra *g* — abuso de autoridade ou prevaquecimento de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade — é subjetiva.

Aí se compreenderia a hipótese de uma criada que abrisse a porta para o ladrão penetrar na casa dos patrões. A qualidade de empregada doméstica é uma circunstância subjetiva. Mas veja-se como nesse caso a circunstância subjetiva se materializa. Na doutrina se estabelece, mesmo, a seguinte distinção: quanto às circunstâncias subjetivas, em regra não se comunicam; por exceção, comunicam-se quando se materializam, concorrendo para facilitar a realização do crime. Assim, no exemplo citado, a circunstância subjetiva está concorrendo para a realização do delito. Opinam alguns escritores que há comunicabilidade nesse caso. De acordo com o nosso Código Penal, não há.

Agora, as circunstâncias materiais. Três sistemas existem, na doutrina e nas legislações, a respeito. Entendem alguns que há sempre comunicabilidade, pouco importando que os participantes as tenham alcançado ou não com o elemento subjetivo — o dolo. Outros opinam que só devem comunicar-se quando tiverem sido previstas. Terceiros se contentam com a simples previsibilidade, entendendo que, sempre que a circunstância material era previsível ao participante, a ele se comunica.

Qual o sistema do nosso código? Embora não se diga, no artigo referente ao assunto, que as circunstâncias materiais se comunicam, deve-se concluir que essa é a regra visada pelo legislador. O texto penal não esclareceu se a comunicabilidade dessas circunstâncias se dá em todos os casos. Cumpre resolver a questão invocando-se, mais uma vez, as normas da causalidade material e psíquica. É preciso saber se a circunstância pode ser havida como materialmente causada pelo participante e se é abrangida pelo seu dolo, mesmo eventual, isto é, se, pelo menos, o participante assumiu o risco da produção daquela circunstância, cooperando para ela, de acordo com a segunda parte do art. 15, n.º I.

Parte Geral de 1984, art. 18, I

Quanto à causalidade material, não haverá dificuldade, porque quem concorre para a realização de um fato contribui para a produção das suas circunstâncias materiais. As dúvidas aparecerão mais no tocante ao exame do dolo.

O Código Penal italiano deu soluções claras a essas dúvidas. Quanto às circunstâncias pessoais que não se comunicam, previu a exceção sugerida por aquele exemplo da empregada doméstica: a circunstância de caráter pessoal comunica-se quando se materializa, quando concorre para facilitar a realização do delito. No que diz respeito às circunstâncias materiais, preceitua que se comunicam sempre, mesmo que sejam desconhecidas pelo compartícipe acerca do qual surge a indagação.

Assim dispondo, tal estatuto faz, bem se vê, uma aplicação da responsabilidade objetiva, ou sem culpabilidade. Ainda que se prove que o dolo do acusado não atingiu determinado pormenor circunstancial do crime, tal pormenor milita em referência a ele. Explica-se, porém: o Código italiano encerra expressa disposição — a do art. 42, terceira parte — tolerando a responsabilidade objetiva. Após dizer que

a imputação das infrações penais depende da existência de dolo, preterintencionalidade ou culpa, acrescenta esse preceito: “A lei determina os casos nos quais o acontecimento é de outra forma imputado ao agente, como consequência da sua ação ou omissão”. Quanto ao Código brasileiro, afirma a *Exposição de motivos* que ele desconhece, inteiramente, a responsabilidade objetiva. Não parece que essa afirmativa seja muito certa. Constitui, no entanto, um subsídio para o entendimento alvitado, no sentido de se excluir a comunicabilidade das circunstâncias materiais quando manifestamente não se lhes estender o dolo, ainda que eventual, do co-delinqüente.

Imagine-se que dois indivíduos se ajustem para cometer um crime em determinado dia. Um deles o pratica, porém não nesse dia, e sim algum tempo depois, prevalecendo-se de um incêndio ou uma inundação, que lhe facilita o procedimento delituoso. Ocorre contra ele a agravante do art. 44, II, letra *k*, do Código Penal. Mas o seu comparsa, que lhe prestou auxílio anterior, não contava com esse acontecimento fortuito. Conforme o entendimento aqui defendido, não se lhe comunicaria a agravante.

A Comissão de Reforma de 1984 também reconhecia no Código de 1940 traços de responsabilização penal objetiva, que pretendeu eliminar no novo Código pela ampla consagração do princípio da culpabilidade (*Exposição de Motivos*, n.º 18). Com efeito, em virtude da vedação à responsabilização penal objetiva, apenas pode haver comunicabilidade, seja das condições e circunstâncias objetivas, seja daquelas subjetivas elementares do crime, quando o co-autor ou partícipe delas tiver conhecimento. Nenhum sujeito pode ser responsabilizado por situações de que não tinha ciência. No caso específico de desconhecimento de condição pessoal elementar do crime, é possível aplicação do art. 29, § 2.º, pelo qual deve o agente responder somente pelo crime menos grave, do qual quis efetivamente participar — por exemplo, o agente que auxilia funcionário público na prática do chamado peculato-furto, sem conhecer sua qualidade de servidor, responderá por furto comum (PACHECO, 1995: 394).

127 — Terminando, falemos da presumível temibilidade dos criminosos que se associam para delinqüir e a respeito dos chamados crimes das multidões. São temas subordinados ao estudo da co-delinqüência. A propósito, é de lembrar-se a contribuição científica de SIGHELE, TARDE e LE BON, que escreveram trabalhos notáveis sobre o assunto. Observava SIGHELE que os piores criminosos se reúnem e se organizam, e que essa preocupação associativa já é um índice de maior periculosidade.¹⁶ O resultado da agregação de vários homens não é uma soma, é um produto. A aliança que estabelecem para violar a lei lhes dá um poder anti-social muito mais acentuado, da mesma forma que a potencialidade de diversos animais que concorrem para determinado esforço físico é muito maior, em proporção, que a de cada um deles. Uma parrelha de cavalos — comparava — gera impulso dinâmico

proporcionalmente mais intenso que aquele que cada um dos cavalos pode produzir. O par criminoso (*coppia criminale*), para o penalista italiano, é de alta ofensividade. Examinava a situação recíproca do íncubo e do súcubo, achando ambos sobremodo perigosos pelo fato de se conjugarem — sendo, porém, a seu ver, mais nocivo o íncubo, por sugerir ao súcubo a prática do crime.

A teoria do domínio do fato trouxe repercussões importantes quanto ao tratamento das chamadas organizações criminosas. Além do domínio do fato por ação, pelo qual se atribui a autoria do fato criminoso ao agente que detenha o poder de decisão sobre o curso causal da ação, e do domínio do fato funcional, relacionado à divisão de tarefas típica da co-autoria, costuma-se apontar uma terceira forma de domínio do fato — o domínio do fato por vontade, geralmente associado aos casos de autoria mediata. Entre as espécies de domínio do fato por vontade, destacam-se o domínio da vontade por coação, o domínio da vontade por erro e, por fim, o domínio da vontade por estruturas organizadas de poder. O domínio por organização, também chamado de autoria de escritório, é um modo de determinação de autoria aplicável aos casos em que o crime é cometido por meio de um aparato de poder organizado, caracterizado (i) pela fungibilidade dos executores (em razão da estrutura de poder, a ordem dos superiores hierárquicos tende a ser concretizada independentemente da vontade ou das qualidades pessoais dos inferiores, que, por esse motivo, são peças perfeitamente substituíveis) e (ii) pelo estilo de mando estrito (a organização é rigidamente hierárquica e não em forma de rede). Embora inicialmente voltado ao tratamento dos aparatos de poder nazi-fascistas, o domínio por organização pode ser aplicado também aos crimes encetados por organizações criminosas ou por empresas, desde que preencham o duplo requisito da estrutura hierárquica estrita e da possibilidade de intercambiar membros. Trata-se de um modo especial de autoria mediata em que ambos, autor da ordem e executor, são responsabilizados, já que o primeiro não pode ser considerado um mero instigador e o último não é simplesmente um instrumento (ZAFFARONI-PIERANGELI, 2002 e 2004: 647).

Quanto às multidões criminosas, os seus desatinos traduzem um fenômeno de sugestão. A massa de pessoas que delinquem em tais circunstâncias, em regra, não se assinala por grande periculosidade individual, bem ao contrário do que se dá com aqueles que se vinculam deliberadamente para infringir a lei penal. Nos desvarios populares, os executores dos distúrbios são quase sempre levados pela influência de um meneur, o qual — este sim — deve sofrer pena mais intensa, porque é verdadeiramente perigoso, ao arrastar para atos de violência indivíduos de pequena

capacidade criminógena, que são os menés, conforme a terminologia francesa.

O nosso Código Penal, na parte relativa à co-autoria, não trata da matéria, mas inclui entre as circunstâncias atenuantes (art. 48, n.º IV, letra e): “Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se, lícita a reunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente”.

Parte Geral de 1984, art. 65, n.º III, e

Um desses espetaculares transbordamentos da turba desaçaimada em fúria é descrito, magistralmente, por ZOLA, no livro *Germinal*, em cujas linhas perpassam operários em greve, praticando toda sorte de brutalidades. E da vida real é o linchamento do diretor de famosa prisão utilizada pelo fascismo para oprimir as liberdades públicas. As cenas dantescas que então se deram, às quais se seguiu o legal fuzilamento de Pietro Caruso, ex-chefe de polícia de Roma, foram filmadas e exibidas nos cinemas.

Reverendo estas linhas em fins de 1979 para nova edição, cumpre-nos consignar que ultimamente ocorreram em nosso país crudelíssimos e deploráveis linchamentos, como revide de multidões contra autores de crimes perpetrados com nefanda maldade. Representam um triste sintoma de falta de fé na ação da Justiça em meio à onda assustadora de violências que nos envolve e tem feito o povo sofrer.

Referências

ALCÁ CER GUIRAO, Rafael. *Tentativas y formas de autoría*. Madrid: Edisofer, 2001.

AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valoração crítica e ulteriores contribuições. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 43-72, jan./mar. 2002.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

BELEZA, Teresa Pizarro. A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever: titularidade versus domínio do facto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, fasc. 3, p. 337-351, jul./set. 1992.

BERTOROTTA, Francesco. Concorso eventuale di persone e reati associativi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno XLI, v. 41, p. 1273-1308, 1998.

CALLEGARI, André Luís. Autoria e participação nos delitos especiais: a comunicabilidade das circunstâncias elementares do artigo 30 do Código Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, vol. 785, p. 462-470, mar. 2001.

CALLEGARI, André Luís. Homicídio e lesões culposas de veículo automotor e concurso de pessoas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 477-485, jan. 2002.

CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 815, p. 464-475, set. 2003.

CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo F.; BERISTAIN IPIÑA, Antonio; ROMEO CASABONA, Carlos María (Eds.). *El nuevo código penal*. Granada: Editorial Comares, 1996.

FIERRO, Guillermo Julio. *Teoría de la participación*. Ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 2001.

GONZÁLEZ, Orlando T. Gómez. *Participación criminal*. Madrid: Dykinson, 2001.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Rogério. *Concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de los límites de la autoría mediata. In: *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

JAKOBS, Günther. La normativación del derecho penal en el ejemplo de la participación. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. Concurso de pessoas nos delitos omissivos. *IOB — Repertório de Jurisprudência Civil, Processual, Penal e Comercial*, São Paulo, n. 23, p. 510-511, dez. 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAGLIE, Cristina de. Teoria e prassi dei rapporti tra reati associative e concorso di persone nei reati-fine. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, anno XXX, v. 30, p. 924-971, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes. In: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos* (libro romenaye al profesor doctor Don Angel Torío, López). Granada: Comares, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

PACHECO, Wagner Brússulo. Concurso de pessoas: notas e comentários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 720, p. 380-398, out. 1995.

PEDRAZZI, Cesare. La disciplina del concorso di persone. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno XLIV, fasc. 4, p. 1083-1088, ott./dic. 2001.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: RT, 1992.

PIERANGELI, José Henrique. O concurso de pessoas e o novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 680, p. 292-317, jun. 1992.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La participación omisiva en delitos de

resultado y simple actividad. In: CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo F.; BERISTAIN IPIÑA, Antonio; ROMEO CASABONA, Carlos María (Eds.). *El nuevo código penal*. Granada: Editorial Comares, 1999.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno XXXVIII, v. 38, p. 1267-1302, 1995.

ROSA, Antonio José M. Feu. A co-autoria no júri. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, v. 698, p. 279-283, dez. 1993.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus. Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año V, n. 9, p. 545-639, 1999.

SÁNCHEZ, Bernardo J. Feijóo. *Límites de la participación criminal*. Granada: Editorial Comares, 1999.

SÁNCHEZ, María Teresa Fernández. Autoría y participación en la criminalidad organizada. In: DIEGO DIAZ-SANTOS, Maria Rosario; SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (Coord.). *Hacia un derecho penal sin fronteras*. Madrid: Editorial Colex, 2000.

SANTOS JR., Carlos Rafael. O concurso de pessoas e sua quesitação no júri. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 700, p. 291-297, fev. 1994.

SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, fasc. 3-4, p. 303-327, jul./dez. 1996.

TASENDE CALVO, Julio J. Coautoría y cooperación en los delitos de homicidio y asesinato. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. v. 2.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. La autoría conforme al código penal. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

TOMILLO, Manuel Gómez. Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos: tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 10, 73-142, jul. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

- 1 Sobre a co-delinquência, além dos trabalhos mencionados no desenvolvimento do capítulo, CESARE PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; SILVIO RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milão, 1949, 2.^a edição; CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *La delincuencia asociada*, em *La Ley*, Buenos Aires, 1948, vol. 51, pág. 1.137; PIERRE GULPHE, *La distinction entre coauteurs et complices*, em *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1948, pág. 665; ANGELO CAJOTTI, *Istigazione e determinazione nella teoria del reato*, Gênova, 1948; RAFAEL FONTECILLA RIQUELME, *El concurso de delinquentes en un mismo delito y sus principales problemas jurídicos*, em *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1.^o vol., 1945, pág. 105; também em *Justitia*, São Paulo, 1962, vol. 39, pág. 13 (tradução para o português). ANDRÉ POCHON, *L'auteur moral de l'infraction — la responsabilité pénale de l'instigateur*, Paris, 1945; S. CICALA, *Teoria del fatto illecito penale collettivo*, Roma, 1942; G. GUARNERI, *Il concorso di più persone nel reato secondo le dottrine della causalità e dell'accessorietà*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1936, pág. 160; VINCENZO DE BELLA, *Il reato di associazione a delinquere*, Turim, 1933; G. BETTIOL, *I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo Codice Penale italiano*, no *Archivio Giuridico*, Módena, 1931, vol. 105, pág. 214; PIETRO NOCITO, *Il concorso di più persone in uno stesso reato*, na *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, de PESSINA, Milão, 1904, 5.^o vol., pág. 305; F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, em *Opuscoli di Diritto Criminale*, Florença, 1898, 1.^o vol., pág. 351; LUCIEN ROUX, *De la complicité par provocation*, Paris, 1902; P. CUCHE, *Une théorie nouvelle de la complicité*, Grenoble, 1896; M. P. FABREGUETTES, *De la complicité intellectuelle*, Paris, 1894-95; FRANCESCO SAVERIO CAIAZZO, *DeI concorso di più persone in uno stesso reato*, Florença, 1882; GIAN DOMENICO PISAPIA, *Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato*, em *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, 1954, pág. 375; OTTORINO VANNINI, *In tema di concorso di persone nel reato*, em *Quid iuris*, Milão, 1954, pág. 553; MARCO BOSCARELLI, *Contributo alla teoria del "concorso di persone nel reato"*, Pádua, 1958; ROBERT LEGROS, *L'élément intentionnel dans la participation criminelle* na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1952-3, pág. 117; EDUARDO NOVOA MONREAL, *Algumas considerações sobre o concurso de pessoas no fato punível*, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1967, n.^o 16, pág. 11; GUILLERMO J. FIERRO, *Teoria de la participación criminal*, Buenos Aires, 1964; PAUL BOCKELMANN, *Relaciones entre autoria y participación*, tradução espanhola de CARLOS FONTÁN BALESTRA e EDUARDO FRIKER, Buenos Aires, 1960; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Da co-delinquência em face do novo Código Penal*, São Paulo, 1976; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Apointamentos sobre a co-delinquência*, em *Investigações*, São Paulo, 1952, n.^o 43, pág. 27, e *Co-autoria*, na *Revista Forense*, Rio, 1957, vol. 173, pág. 506; ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, *A co-delinquência no moderno Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 1947; da mesma autora, *A co-delinquência no Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 1976, monografia em que o tema do livro anterior é versado de maneira muito mais ampla; SADY CARDOSO DE GUSMÃO, *Da co-autoria no novo Direito Penal brasileiro*, em *Direito*, Rio, 1944, vol. 28, pág. 65; PAULINO NETO, *Conceito de co-autoria segundo o Código Penal brasileiro*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1942, vol. 137, pág. 421; DIRCEU FERREIRA BORGES, *Da co-autoria*, nos *Anais do 1.^o Congresso Nacional do Ministério Público*, São Paulo, 1942, 3.^o vol., Pág. 166; F. MENDES PIMENTEL, *Co-delinquência*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1918, vol. 26, pág. 241. Consultem-se, ainda, estes diversos trabalhos publicados no *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*, dirigido por J. M. DE CARVALHO SANTOS: NÉLSON HUNGRIA, *Concurso de delinquentes*, 10.^o vol., pág. 332; ROBERTO LYRA, *Co-autoria*, 9.^o vol., pág. 75; EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Autor*, 5.^o vol., pág. 205; e ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO, *Ajuste*, 3.^o vol., pág. 125.
- 2 Tal exemplo, dos livros, já teve concretização na jurisprudência paulista (cfr. JOAQUIM DE SYLOS CINTRA, *Concurso de agentes em crime culposo*, na *Revista Forense*, Rio, 1951, vol. 135, pág. 337, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1951, vol. 190, pág. 561, e em *Investigações*, São Paulo, 1951, n.^o 25, pág. 29).
- 3 Em torno do tema da co-autoria em crime culposo: D. RENDE, *Cooperazione in reato colposo e concorso di colpe*, na *Rivista Penale*, Roma, 1936, pág. 396; E. BATTAGLINI, *In tema di concorso di più persone in reato colposo*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1931, II, pág. 93; G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, na *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Pádua, 1930, pág. 672. Nesse trabalho, favorável à tese da admissibilidade, é feita uma relação dos escritores em divergência. E. JANNITTI DI GUYANGA, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, Milão, 1913. Entre os velhos autores, SCIPIO SIGHELE, *La teoria positiva della complicità*, Turim, 1894, 2.^a edição, pág. 157, transcrevendo de CARRARA, na impugnação à tese da admissibilidade, palavras que adjectiva como límpidas e precisas. Na literatura brasileira, para apontar apenas os trabalhos limitados à co-delinquência e à culpa, JOSÉ PRUDENTE

SIQUEIRA, *Co-autoria nos crimes culposos*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1937, vol. 107, pág. 15; AGRIPINO F. DA NÓBREGA, *Da culpa criminal*, na *Revista Forense*, Rio, 1945, vol. 102, pág. 226; além da contribuição do Des. JOAQUIM DE SYLOS CINTRA, a que já fizemos menção.

- 4 Cfr. S. RANIERI, *ob. cit.*, pág. 178; S. RICCIO, *L'autore mediato*, Nápoles, 1939; F. GRISPIGNI, *Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone*, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1911, pág. 6. Esse penalista, divergindo da maioria, entende que o inimputável intervém num concurso, porque comete crime e está sujeito a sanção, embora inconfundível com a aplicada ao imputável. Lembre-se que a Escola Positiva preconiza a unificação dos meios de defesa social (hodiernamente, penas e medidas de segurança).

Ainda quanto à autoria mediata, cons. MEZGER, *Strafrecht*, trad. de RODRIGUEZ MUÑOZ, 2.º vol., 1946, pág. 294 e, especialmente, pág. 282, a respeito dos chamados delitos “de mão própria” — aqueles cujo tipo legal exige no agente condições individuais que, conforme um ponto de vista doutrinário, seriam impeditivos de participação. O assunto oferece relevo de *jure condendo*, mas não encontra clima em nosso Direito constituído.

Escreve sobre a autoria mediata LUIZ DÓRIA FURQUIM, *O concurso de agentes, com especial referência à autoria mediata, em face do novo Código Penal*, em *Justitia*, São Paulo, 1971, vol. 74, pág. 67.

- 5 Leia-se F. GRISPIGNI, *Il reato plurisoggettivo*, em *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1942, pág. 377.

6 Acerca do assunto J. SOARES DE MELLO, *Da receptação*, São Paulo, 1937.

- 7 O escrito de RUI pode ser apreciado no volume de ROBERTO LYRA, *A obra de Rui Barbosa em Criminologia e Direito Criminal*, Rio, 1949, pág. 107. Ver também ALFREDO PUJOL, *Asilo a assassinos e roubadores, em Processos Criminais*, São Paulo, 1908, pág. 11.

8 Consigne-se que a Lei n.º 2.252, de 1.º de julho de 1954, erigiu à categoria de crime autônomo uma forma de autoria mediata, consistente em “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la”. As penas, acrescenta, serão de um a quatro anos de reclusão devendo, outrossim, ser imposta multa. Mais não se fez, assim, do que destacar uma hipótese prevista no art. 45, n.º III, do Código Penal, subordinando-a às condições estabelecidas na frase “corromper ou facilitar a corrupção”. Com efeito, embora tenha o legislador empregado verbo diferente — “induzir” — (e aqui está um defeito que poderia ter sido evitado), dificilmente deixar-se-á de ver na atitude de quem pratica um delito com menor de 18 anos, ou o induz a praticá-lo, as ações de instigação ou de determinação referidas no inciso terceiro daquele artigo. Observa-se, ainda, grave defeito nessa lei, quando adota a mesma rubrica do art. 218 do Código Penal, “corrupção de menores”, conquanto trate de matéria inteiramente distinta.

- 9 Consulte-se, a respeito, EDUARDO MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Nápoles, reedição em 1934, pág. 198. Como nota ALTAVILLA (*Teoria soggettiva del reato*, Nápoles, 1933, pág. 237). MASSARI, ao exercer funções de legislador, não pôde aplicar a sua concepção científica.

10 Ver: B. CAVALIERI, *L'accordo e l'istigazione a reati rimasti sterili*, em *Rivista Penale*, 1946, pág. 869; ALBERTO DOMENICO TOLOMEI, *Il pentimento nel Diritto Penale*, Turim, 1927, pág. 268.

- 11 Cfr. A. Prins, *Ciência penal e Direito positivo*, trad. de Henrique de Carvalho, Lisboa, 1915, pág. 339.

12 A respeito, ARTURO SANTORO, *In tema di comunicabilità delle circostanze del reato*, em *La Giustizia Penale*, Roma, 1935, 2.ª parte, coluna 851; JANICOT, *Etude, d'après la jurisprudence, de l'effet sur la pénalité du complice, des circonstances aggravantes et des excuses légales*. LYON, 1935; EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Da comunicabilidade das circunstâncias do delito*, em *Justitia*, São Paulo, 1939-40, 1.º vol., fasc. 2, pág. 117, apreciando o Direito anterior e o projeto Alcântara Machado; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Agravantes objetivas e concurso de agentes*, em *Justitia*, São Paulo, 1972, vol. 78, pág. 53; do mesmo autor, *Infanticídio e concurso de agentes em face do novo Código Penal*, São Paulo, 1971 (tese apresentada em congresso realizado em Recife).

- 13 Código Penal, art. 312: “Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.

14 Código Penal, art. 123: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”.

- 15 Abordando o ponto, NÉLSON HUNGRIA escreve que a ressalva do art. 26 não abrange as condições *personalíssimas*, que informam os chamados *delicta excepta*. Importam elas — explica — um *privilegium* em favor da pessoa a que concernem. São conceitualmente inextensíveis e impedem, quando haja cooperação com o *beneficiário*, a unidade do título do crime (*Comentários ao Código Penal*, 1.º vol., Rio, 1949, pág. 574). Essa ponderação reflete muito bem o que *devia estar* na lei, sem todavia estar.

A propósito do delito em foco, leia-se DIRCEU DE MELLO, *Infanticídio. Algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1973, vol. 455, pág. 292.

- 16 Ver SCIPIO SIGHELE, *I delitti della folla — studiati secondo la Psicologia, il Diritto e la Giurisprudenza*, Turim, 1933, 5.ª edição; *La teoria positiva della complicità*, Turim, 1894, 2.ª edição; *La coppia criminale*, Turim, 1909, 3.ª edição; *La delinquenza settaria*, Milão, 1897; GABRIEL TARDE, *Les crimes des foules* (no 3.º Congresso de Antropologia Criminal), Bruxelas, 1890; GUSTAVE LE BON, *Psychologie des foules*, Paris, 1895; PAUL AUBRY, *La contagion du meurtre*, Paris, 1896. Na literatura brasileira. NÉLSON HUNGRIA, *Criminalidade coletiva*, na *Revista de Direito Penal*, Rio, 1935, vol. 10, pág. 5; ELIAS DE OLIVEIRA, *Criminologia das multidões — da responsabilidade penal nos crimes das multidões*, Fortaleza, 1934 (a 2.ª edição, com o sub-título modificado, foi publicada em São Paulo em 1966); ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, *Multidões femininas delinqüentes*, na *Revista da Faculdade de Direito da Bahia*, Bahia, 1932, 7.º vol., pág. 75. Outros trabalhos sobre a delinqüência associada e seu aspecto psicológico: JOSÉ BELBEY, *La pareja delictuosa*, em *Arquivos de Medicina Legal e Identificação*, Rio, 1937, pág. 156; GIOVANNI DROANDI, “*L’incubo*” dei delitti collettivi, em *La Scuola Positiva*, Milão, 1925, 1.ª parte, pág. 401; LUIZ FERNANDES LIMA, *Os crimes das multidões*, na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1958, vol. 53, pág. 322; CHRISTIAN DUPEYRON, *L’infraction collective*, na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1973, pág. 357.

Sumário Geral da Obra

TOMO I

CAPÍTULO I - CONCEITO DO DIREITO PENAL

- 1 — Denominação da matéria
- 2 — Direito Penal subjetivo e objetivo, substantivo e adjetivo
- 3 — Ciência do Direito Penal
- 4 — Filosofia do Direito Penal
- 5 — Posição enciclopédica e evolução
- 6 — Vingança pública e crueldade das penas
- 7 — Relações do Direito Penal com o Direito Civil
- 8 — Relações com o Direito Constitucional
- 9 — Relações com o Direito Internacional Público
- 10 — Relações com o Direito Administrativo

CAPÍTULO II - AS CIÊNCIAS PENAIS

- 11 — Antropologia Criminal
- 12 — Psicologia e Psiquiatria criminais
- 13 — Sociologia Criminal
- 14 — Estatística Criminal
- 15 — Política Criminal
- 16 — Penologia
- 17 — Ciências auxiliares do Direito Penal
- 18 — Conceito de Criminologia

CAPÍTULO III - FASE PRÉ-CLÁSSICA DA ELABORAÇÃO PENAL

- 19 — BECCARIA e o tratado dos delitos e das penas: lineamentos históricos, análise
- 20 — O direito de punir
- 21 — Conhecimento das leis
- 22 — A prisão, o sistema probatório e a tortura
- 23 — Humanização e pena de morte
- 24 — Banimento, confisco, penas infamantes, fidelidade aos textos repressivos
- 25 — Critérios para a reconstrução penal
- 26 — Síntese

CAPÍTULO IV - DOCTRINAS E ESCOLAS PENAIS

- 27 — Os fins da pena
- 28 — Teorias relativas ou utilitárias
- 29 — O correcionalismo
- 30 — Teorias absolutas
- 31 — Teorias mistas
- 32 — Escola Clássica e Escola Positiva
- 33 — Os postulados clássicos sintetizados no conceito de delito
- 34 — A concepção antropológica
- 35 — Classificação dos criminosos
- 36 — Súmula dos antagonismos entre as escolas fundamentais
- 37 — As correntes ecléticas
- 38 — Realizações práticas da Política Criminal
- 39 — Novas tendências penais

CAPÍTULO V - HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

- 40 — Período colonial
- 41 — Influência de MELO FREIRE
- 42 — No Império. A Carta Política
- 43 — O Código Criminal de 1830
- 44 — Involução no sentido anti-liberal
- 45 — O Código Penal de 1890 e a Consolidação de 1932
- 46 — Projetos de reforma
- 47 — O Código vigente e a legislação penal complementar

CAPÍTULO VI - A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

- 48 — O princípio da legalidade dos delitos e das penas
- 49 — Reação à regra básica do Direito Penal contemporâneo
- 50 — Irretroatividade, em tese, da lei penal, e retroatividade benéfica
- 51 — Ultratividade da lei excepcional ou temporária
- 52 — Limites e restrições ao império do princípio nullum crimen: repressão de emergência, o sistema processual, as normas penais em branco
- 53 — Interpretação da lei penal
- 54 — A lei penal no espaço
- 55 — A propósito do art. 4.º do Código Penal: a noção de território, o mar litorâneo e o espaço aéreo
- 56 — Extraterritorialidade excepcional
- 57 — Eficácia de sentença estrangeira
- 58 — A lei penal em relação às pessoas
- 59 — Os arts. 8.º, 9.º e 10 do Código Penal

CAPÍTULO VII - O CRIME

- 60 — Conceito e caracteres
- 61 — Divisão bipartida ou tripartida das infrações penais
- 62 — Categorias quanto ao elemento subjetivo
- 63 — Quanto ao elemento objetivo, na parte atinente à conduta
- 64 — Quanto ao elemento objetivo, no que se refere ao evento
- 65 — Quanto ao titular do interesse jurídico e determinadas condições materiais e individuais
- 66 — Quanto à natureza do procedimento penal
- 67 — Sujeito ativo
- 68 — Sujeito passivo, objeto material e objeto jurídico
- 69 — O problema doutrinário do nexo causal
- 70 — A relação de causalidade no Direito brasileiro
- 71 — A abolição das concausas

CAPÍTULO VIII - A TENTATIVA

- 72 — Atos preparatórios e iniciais de execução
- 73 — Intenção e desistência
- 74 — Tentativa perfeita e imperfeita. Arrependimento ativo
- 75 — Aplicação da pena
- 76 — Crime impossível

CAPÍTULO IX - A CULPABILIDADE

- 77 — O elemento subjetivo
- 78 — Dolo: teorias da vontade e da representação
- 79 — Evolução do conceito de dolo. Psicologismo e normativismo
- 80 — Nomenclatura: determinado e indeterminado, alternativo e eventual, de perigo, específico
- 81 — Culpa: conceito prático da lei e o das teorias antagônicas
- 82 — Razão da punibilidade dos delitos culposos. Inclusão expressa e excepcional nas figuras legais
- 83 — Estrutura dos delitos culposos. A previsibilidade
- 84 — Culpa consciente
- 85 — Compensação e culpa indireta
- 86 — Da culpa ao caso fortuito
- 87 — Preterintencionalidade
- 88 — Súmula do elemento subjetivo
- 89 — Erro de direito
- 90 — Erro de fato, essencial ou acidental
- 91 — Delito putativo
- 92 — Justificação putativa
- 93 — Erro culposo, o determinado por terceiro, o referente ao objeto ou à pessoa, a aberratio icus
- 94 — O elemento subjetivo das contravenções

CAPÍTULO X - CAUSAS JUSTIFICATIVAS E DIRIMENTES

- 95 — Terminologia na doutrina e no Direito objetivo
- 96 — Coação irresistível e obediência hierárquica
- 97 — Estado de necessidade: elementos da justificativa
- 98 — Sua aplicação à Parte Especial do Código
- 99 — Razões da impunibilidade da ofensa necessária

- 100 — Fundamentos da legítima defesa
- 101 — Atualidade e injustiça da agressão
- 102 — Inevitabilidade e moderação
- 103 — Natureza dos bens jurídicos suscetíveis de legítima defesa
- 104 — Justificação putativa
- 105 — Legítima defesa recíproca
- 106 — Defesa culposamente excessiva
- 107 — Estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito
- 108 — O problema do excesso nas justificativas em geral
- 109 — Sistema do nosso Direito acerca da inimizabilidade
- 110 — Doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado
- 111 — Imputabilidade restrita
- 112 — Imaturidade
- 113 — Emoção e paixão
- 114 — Embriaguez

CAPÍTULO XI - A CO-DELINQUÊNCIA

- 115 — Conceito e âmbito
- 116 — Participação principal e secundária
- 117 — Formas de autoria no Direito anterior
- 118 — A cumplicidade segundo o Código de 1890
- 119 — Excesso no mandato criminal
- 120 — Aplicação do art. 25 do atual estatuto [1940]
- 121 — Exceções pluralísticas do princípio unitário
- 122 — Conselho para delinquir
- 123 — Falta de coincidência entre o mandato e a execução
- 124 — Participação em projeto criminoso não concretizado
- 125 — Autoria incerta
- 126 — Comunicabilidade das circunstâncias do delito
- 127 — Delinquência associada e crimes das multidões

Nota do Editor

A coleção *Direito, Desenvolvimento, Justiça* pretende contribuir para a reflexão e para o aperfeiçoamento do Estado de Direito, compreendido tanto como meio de defesa dos direitos fundamentais e da justiça social quanto como mecanismo essencial para promover o desenvolvimento econômico e garantir a realização de negócios privados.

Para atingir tal objetivo, as obras publicadas descrevem e criticam institutos jurídicos e desenhos institucionais, problematizando as funções que desempenham, ou que possam vir a desempenhar, na solução dos problemas e na realização dos objetivos sociais. De acordo com tais premissas, a coleção contempla trabalhos jurídicos capazes de articular o Direito com o Desenvolvimento, a Justiça Social e a legitimidade das instituições, a partir de variados pontos de vista.

Idealizada por José Rodrigo Rodriguez, coordenador de publicações e editor da Revista Direito GV, *Direito, Desenvolvimento, Justiça* reúne monografias e textos de caráter teórico, empírico, histórico, metodológico e didático organizadas em quatro grandes linhas:

Produção Científica: trabalhos monográficos, dissertações e teses, que investigam verticalmente os temas mencionados.

Metodologia & Ensino: livros didáticos e trabalhos sobre metodologia do ensino do Direito.

Clássicos Jurídicos: resgate e tradução de obras clássicas da literatura jurídica nacional e internacional, publicadas após um cuidadoso trabalho de recuperação e/ou construção de aparato crítico desenvolvido por especialistas.

Direito em Debate: coletâneas de artigos, traduções e outros textos que abordam assuntos jurídicos da atualidade.

Com tais publicações, a Editora Saraiva e a Direito GV (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas) esperam oferecer ao público leitor o que há de melhor em matéria de pesquisa, estudo e reflexão. Dessa forma, pretendem contribuir para o esforço coletivo de cidadãos, pesquisadores e professores de todo o Brasil, visando inaugurar uma nova e estimulante etapa no desenvolvimento e na compreensão do Direito e das instituições nacionais e internacionais.

QUADRO COMPARATIVO DA PARTE GERAL DOS CÓDIGOS PENAIS DA REPÚBLICA: 1984, 1969, 1940 E 1890

O quadro apresentado a seguir busca sintetizar as modificações ocorridas na Parte Geral do Código Penal brasileiro desde o advento da República. O objetivo primordial dessa síntese é permitir que o leitor contemporâneo visualize as transformações ocorridas até o final da década de 1970, relatadas por Basileu Garcia, do ponto de vista do diploma atual, de 1984, sobre o qual versam as notas de atualização inseridas na presente edição. Trata-se, portanto, de um quadro concebido e elaborado para complementar e auxiliar na leitura da obra *Instituições do Direito Penal*.

Por essa razão, é a Parte Geral do Código Penal de 1984 e suas alterações posteriores que definem os institutos e temas coletados nos diplomas que o antecederam. Isso significa que nem todas as normas da Parte Geral dos Códigos de 1969, 1940 e 1890 estão presentes no quadro. Estão presentes apenas aquelas que guardam uma proximidade substancial com as normas de 1984. Mantivemos no quadro apenas as normas que, mesmo abolidas em 1984, foram objeto de análise no texto de Basileu Garcia, como no caso dos artigos dedicados à verificação da periculosidade, ao final do capítulo dedicado às medidas de segurança.

Além disso, o leitor deve estar atento para o fato de que a ausência de uma norma nos diplomas anteriores a 1984 não significa que determinado tema não estava previsto na legislação. Significa apenas que essa regulamentação não fazia parte do Código Penal, podendo estar em leis isoladas ou em outros diplomas normativos. Como se verá a seguir, isso ocorre especialmente com o Código de 1890, cuja estrutura é bastante distinta dos demais.

Em alguns casos, as modificações ocorridas em um instituto foram tamanhas que a equiparação, na linha horizontal do quadro, pode induzir o leitor a considerar semelhantes coisas que não o são. É o que ocorre com o novo tratamento dado ao “erro” na Parte Geral do Código de 1984, com a relação entre as “penas restritivas de direitos” e as “penas acessórias” dos códigos anteriores, com as regras relativas à reclusão e à detenção e com a mudança topográfica da “reabilitação”.

Em todas essas situações, recomendamos que o leitor atente às explicações fornecidas nas notas de atualização localizadas no capítulo indicado, na primeira coluna da tabela.

Por fim, para preencher o quadro, utilizamos os textos originais de cada um dos códigos na data da publicação, disponíveis no site do Senado Federal (www.senado.gov.br), à exceção do Código Penal de 1984, que se encontra atualizado até 09 de janeiro de 2007. No capítulo relativo às penas, inserimos uma

quinta coluna, para apresentar os artigos do Código de 1940 com as modificações decorrentes da Reforma de 1977, amplamente analisadas por Basileu Garcia. Visando facilitar a localização de cada um dos artigos do diploma de 1984 no presente livro, indicamos, na primeira coluna, o capítulo respectivo das *Instituições de Direito Penal*.

